

כרוניקה של תוצאה ידועה מראש – תהליכי הערכת השפעות רגולציה סימבוליים

סיגל גולן-עתיר*

תהליך הערכת השפעות רגולציה (תה"ר) הוא תהליך הכולל ביצוע כמה שלבים שנועד לזהות את החלופה המיטבית – רגולטורית או אחרת. כלי זה אומץ, פותח והופץ בעיקר על ידי הארגון לשיתוף פעולה ולפיתוח כלכלי (להלן: "ה-OECD") לקראת סוף המאה ה-20 ככלי מרכזי לשיפור רגולציה. למרות השימוש הנרחב בתה"ר במדינות רבות במשך עשרות שנים, הממצאים בנוגע לשאלה האם תהליכים אלה ממלאים את תכליתם – העלאת הרווחה החברתית באמצעות שיפור הרגולציה – אינם חד-משמעיים. מאמר זה יתמקד בתופעה של כתיבת דו"ח תה"ר לאחר שהחלופה המועדפת נבחרה עוד בטרם ביצע תהליך (להלן: "תה"ר סימבולי"). זאת, בניגוד מוחלט לרציונל העומד בבסיס ביצוע תה"ר – כהליך שתכליתו זיהוי החלופה המיטבית.

בחלקו הראשון של המאמר (פרקים ראשון, שני ושלישי) יובאו סקירה בנושא התפתחות התה"ר, היבטים הנוגעים להגדרת איכות התהליך ובחינתו וממצאים אמפיריים בנושא: בפרק הראשון, סקירה של הבסיס התאורטי לתהליך הערכת השפעות רגולציה, התפתחות התהליך והתפשטותו – מארצות הברית של שנות ה-60, דרך תרומתו של ה-OECD להתפשטותו בעולם ועד למגמות העכשוויות. הפרק השני יתמקד בשאלת בחינת איכות התהליך – החל בשאלה מהי הבעיה שאותה מבקש התה"ר לפתור, דרך השאלה מה הוא תה"ר טוב וסקירת שיטות שבהן נעשה שימוש להערכת איכות תה"ר. במסגרת הפרק השלישי יסקרו ממצאים אמפיריים בנוגע לאיכות תה"ר, להשפעתו בפועל על הרגולציה ולקשר בינו לבין פרמטרים כלכליים. חלקו השני של המאמר (פרקים רביעי, חמישי ושישי) יתמקד בנושא התה"ר הסימבולי: בפרק הרביעי יובהר המושג ויובאו ממצאים עדכניים לגבי היקפו. במסגרת הפרק החמישי יוצעו אינדיקציות לזיהוי דו"ח תה"ר סימבולי. בפרק השישי יוצעו שני הסברים לתופעת התה"ר הסימבולי: חולשת התאוריה הרציונלית כמסבירה תהליכי מדיניות, והיותו של תה"ר מקרה פרטי של "העברת מדיניות". לבסוף, בפרק האחרון, יובא סיכום תמציתי, וייבחנו ההשלכות המעשיות של התובנות שעלו במאמר.

* **סיגל גולן-עתיר** היא עו"ד, בעלת תואר בכלכלה ותואר שני במשפטים ובמדעי המדינה, ובעלת ניסיון של עשרות שנים בשירות המדינה בתפקידים שונים. מאמר זה נכתב על בסיס מחקר לקראת עבודת תזה. תודותי לפרופ' דוד לוי-פאור מהאוניברסיטה העברית, שהנחה אותי במחקרי, על הכוונה מקצועית, סבלנית ונעימה בנבכי המחקר האקדמי ועל המשגת המונח "תה"ר סימבולי", לד"ר יאיר חקאק על סיועו בשילוב הרעיונות מעולם המעשה והאקדמיה, ולפרופ' יעל ישי מאוניברסיטת חיפה שזכיתי ללמוד אצלה, ושהתלהבותה מהמחקר האקדמי הדביקה גם אותי.

א. מבוא. ב. מקורות התה"ר. 1. תה"ר והבסיס התאורטי לו. 2. המקור לתה"ר – ארצות הברית. 3. תרומתו הקריטית של ה-OECD להתפשטות תה"ר בעולם. 4. מגמות עכשוויות – המלצות ה-OECD מ-2021. **ג. איכות תהליכי הערכת השפעות רגולציה.** 1. מה הבעיה שאותה התה"ר מבקש לפתור. 2. מהו תה"ר טוב? 3. שיטות להערכת איכות תה"ר. **ד. ממצאים אמפיריים לגבי תה"ר והשפעותיו.** 1. ממצאים אמפיריים לגבי איכות תה"ר. 2. ממצאים אמפיריים לגבי השפעת תה"ר על הרגולציה. 3. ממצאים אמפיריים לגבי השפעת תה"ר על פרמטרים כלכליים. **ה. תה"ר סימבולי.** 1. כללי. 2. התייחסות ה-OECD לתופעת התה"ר הסימבולי. **ו. אינדיקציות אפשריות להיותו של דו"ח תה"ר דו"ח סימבולי.** 1. כללי. 2. התייחסות חסרה לשלבי התה"ר בדו"ח תה"ר כאינדיקציה להיותו דו"ח סימבולי. 3. כתיבת דו"ח תה"ר לאחר גיבוש הרגולציה כאינדיקציה להיותו דו"ח סימבולי. 4. אינדיקציות העולות מדו"ח התה"ר עצמו. 5. אינדיקציות חיצוניות לדו"חות התה"ר. **ז. הסברים מוצעים לביצוע תה"ר סימבולי.** 1. הסבר ראשון: חולשת התאוריה הרציונלית כהסבר לתהליכי מדיניות. 2. הסבר שני: תה"ר כמקרה פרטי של "העברת מדיניות". **ח. סיכום והשלכות עתידיות.**

א. מבוא

"The path towards an "improvement of the policy-making system through better meta-policy" (Dror, 1971, 74) is littered with the skeletons of too many practical failures of perfectly logical improvements of policy-making institutions and procedures".¹

תהליך ה"Regulatory Impact Analysis או Regulatory Impact Assessment" ("RIA") – תהליך הערכת השפעות רגולציה (להלן ייקרא גם: תה"ר) התמסד והתפשט כחלק מהעניין המחקרי והמעשי בדרכים לשיפור הרגולציה. מטרתו של התהליך – זיהוי החלופה המיטבית, רגולטורית או אחרת, לצורך טיפול בתופעה. קפיצת המדרגה בהתפשטות תה"ר במדינות שונות אירעה לאחר קביעת התהליך על ידי הארגון לשיתוף פעולה כלכלי ולפיתוח (להלן: ה-OECD) באמצע שנות ה-90 כהליך משמעותי לצורך שיפור הרגולציה. בישראל החל השיח בנושא זה לקראת סוף העשור הראשון של המאה ה-21, וזאת כחלק מהצטרפותה ל-OECD, שיח שהואץ בעקבות השלכות המחאה החברתית של 2011.

מאמר זה יתמקד בתופעה אשר צוינה על ידי ה-OECD ב-2021 כבעיה מרכזית שאיתה יש להתמודד בהקשר של ביצוע תה"ר בכלל מדינות ה-OECD:² היותו של דו"ח תה"ר, בחלק

1 Fritz Scharpf, *Policy Failure an Institutional Reform: Why should Form Follow Function?*, 38 INTERNATIONAL SOCIAL SCIENCE JOURNAL 179 (1986) צוטט ב-, Claudio Radaelli, *Desperately Seeking Regulatory Impact Assessments*, 15 EVALUATION 31 (2009)

2 OECD, OECD REGULATORY POLICY OUTLOOK 2021 (2021) <https://tinyurl.com/3c5as945> (להלן: OECD 2021).

מחקרי רגולציה ט כרוניקה של תוצאה ידועה מראש – תהליכי הערכת השפעות רגולציה סימבוליים

גדול מהמקרים, לא תיעוד של תהליך רציונלי סדור, אלא מסמך שנכתב בדיעבד, לצורך הצדקת בחירה בחלופה ספציפית.

בשלושת הפרקים הראשונים תפורט התפתחות התה"ר, תוך התמקדות בשאלת איכות תהליכים אלה ובממצאים האמפיריים בנוגע לאיכות תה"ר וההשלכות המעשיות של התהליך: **בפרק הראשון** יפורט מהו תהליך התה"ר, יסקר מקורו בארצות הברית החל משנות ה-60 של המאה ה-20, דרך השפעתו המשמעותית של ה-OECD על אימוץ התהליך על ידי מדינות רבות ועד למגמות הנוכחיות.

הפרק השני יתמקד בשאלת איכות תהליכי הערכת השפעות רגולציה, ובו אבקש להשיב על השאלה מה הבעיה שאותה מבקש תהליך זה לפתור, וכפועל יוצא מכך – מה ייחשב כתהליך טוב, ובאילו שיטות נעשה שימוש לצורך בחינת איכות תהליכים אלה.

במסגרת **הפרק השלישי** יסקרו ממצאים אמפיריים לגבי תה"ר: לגבי איכות תה"ר, לגבי השפעת תה"ר על הרגולציה ולגבי השפעת תה"ר על פרמטרים כלכליים – זאת בחלוף למעלה מרבע מאה מהפצת התהליך על ידי ה-OECD ואימוצו בעשרות מדינות. מסקירה זו יעלה הפער בין הציפיות הגבוהות שנתלו בתהליך לבין הממצאים האמפיריים: בפועל, אין ממצאים ברורים באשר להשפעת התהליך על איכות הרגולציה, על הרווחה החברתית או על מדדים כלכליים. מסקירה זו יעלה כי מחקרים בנושא איכות תהליכי השפעת הערכות רגולציה עסקו בדרך כלל בעיקר בבחינה האם דו"ח התה"ר שפורסם כלל את כל השלבים הנדרשים ואיכות ביצוע השלבים, ולא בשאלת **השלכות** ביצוע התהליך.

שלושת הפרקים הבאים יתמקדו בתופעה אשר, כאמור, הוכרה לאחרונה על ידי ה-OECD כבעיה מרכזית שעמיה יש להתמודד ואשר טרם נחקרה לעומקה: התופעה של מקרים שבהם החלופה המומלצת נבחרה עוד בטרם ביצוע תהליך הערכת השפעות הרגולציה. במקרים אלה, מבוצע – אם בכלל – תהליך חלקי, שעיקר מאמציו בכתיבתו של דו"ח תה"ר, הבא להצדיק את בחירת החלופה שנבחרה עוד קודם לכן. תהליך כזה אכנה **תה"ר סימבולי**, ואת הדו"ח אשר מתעד תהליך כזה – **דו"ח תה"ר סימבולי**, זאת, להבדיל **מתה"ר מהותי** – תהליך אשר ממלא את תכלית התהליך כפי שהוגדר: זיהוי החלופה המיטבית.

הפרק הרביעי יפרט על אודות תופעה זו וההתייחסות אליה בעולם ובישראל.

הפרק החמישי יעסוק באינדיקציות אפשריות שמהן ניתן ללמוד על כך שדו"ח תה"ר שפורסם הוא דו"ח תה"ר סימבולי. במסגרת פרק זה אתייחס לדו"ח תה"ר "חסר", לכתיבתו של דו"ח תה"ר בדיעבד וכן לאינדיקציות להיותו של הדו"ח סימבולי העולות מדו"ח התה"ר עצמו ולאינדיקציות חיצוניות לדו"ח.

במסגרת **הפרק השישי** יוצעו שני הסברים לתופעת דו"ח התה"ר הסימבולי: הסבר ראשון – חולשת התאוריה הרציונלית כמתארת התנהלות פוליטית בפועל, בהיותה של התאוריה הרציונלית במדעי המדינה תאוריה נורמטיבית, ולא פוזיטיביסטית. הסבר שני נוגע לתופעת "העברת המדיניות", שבמסגרתה, לעיתים, "העברת המדיניות" מבוצעת על דרך של "חיקוי" ("emulation") – אימוץ שאינו מוטמע בשיטה כחלק ממנה, אלא מאמץ רק את היבטיה השטחיים.

בפרק השביעי יובא סיכום קצר, ונתייחס להשלכות העתידיות של תובנות המאמר.

בחלוף עשרות שנים מפיתוח כלי התה"ר, לאור היעדר ממצאים מחקרניים לכך שתהליכים אלה אכן גשמו את תכליתם – טיוב הרגולציה והגדלת הרווחה החברתית, ולאור הראיות לגבי היקף תופעת התה"ר הסימבולי, נראה כי יש מקום להבנה מעמיקה יותר של תופעה זו. זאת, כבסיס רחב יותר לדיון בתה"ר ככלי אשר אכן יכול לאפשר טיוב רגולציה ושיפור הרווחה החברתית בעולם האמיתי, ולא התאורטי, ועל רקע הקמת רשות האסדרה בישראל.

ב. מקורות התה"ר

1. תה"ר והבסיס התאורטי לו

הגדרה כוללת לתה"ר היא: "A systemic approach to critically assessing the positive and negative effects of proposed and existing regulations and non-regulatory alternatives"³. בבסיס, מדובר בפרוצדורה אדמיניסטרטיבית.⁴ במקומות שונים תה"ר מבוצעים בצורות שונות, תוך התחשבות במבנה המנהלי, החוקי והחוקתי השונה של כל מדינה.⁵ השלבים המקובלים כדרישות מינימום בביצוע תה"ר הם: ביצוע התייעצויות עם בעלי העניין ומומחים לאורך כל שלבי תה"ר; הגדרת הבעיה, ככל הניתן באופן כמותני; הגדרת מטרת הרגולציה המוצעת; תיאור הרגולציה המוצעת, כולל הגורמים האחראים להצעה, ליישום ולאכיפה; הצגת החלופות, כולל חלופות לא רגולטיביות; ניתוח עלות תועלת לכלל החלופות: זיהוי הפתרון המיטבי; הגדרת תהליכי הבקרה וההערכה בדיעבד של הרגולציה. בנוסף, נדרש כי תה"ר יתחיל בשלב הפתיחה של התהליך. על התהליך להיות מבוסס על ראיות הניתנות להשגה באופן סביר ועל ניסיון מדעי.⁶

שלב הגדרת הבעיה מוגדר כחלק הזנוח ביותר של רוב תה"ר. הסיבות לכך הן מגוונות: ההרגל "לקפוץ" לפתרונות, העובדה שחלק נכבד מהבעיות נגרמות עקב כשלים שלטוניים והתחושה הקיימת לעיתים שהממשלה חייבת לפעול בנושא מסוים.⁷ הערכת תועלת, אף מעבר לקושי בהערכת עלויות, מצוינת כאחד האתגרים המרכזיים בביצוע תה"ר. כך, במקרים רבים,

3 Andrea Renda, *Regulatory Impact Assessment and Regulatory Policy*, in OECD REGULATORY POLICY IN PERSPECTIVE: A READER'S COMPANION TO THE OECD POLICY OUTLOOK 35, 36 (2015).

4 Claudio Radaelli & Fabrizio De Francesco, *Regulatory Impact Assessment*, in OXFORD HANDBOOK OF REGULATION 279 (Martin Cave, Robert Baldwin & Martin Lodge eds., 2012).

5 Renda, לעיל ה"ש 3.

6 OECD, *Regulatory Impact Assessment*, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy (2020), <https://tinyurl.com/49472da9>.

7 Scott Jacobs, *Towards A simpler and Practical Approach*, in HANDBOOK OF REGULATORY IMPACT ASSESSMENT 78 (Claire A. Dunlop & Claudio M. Radaelli eds., 2017).

ההערכה תתבסס על ניחוש ביחס להתנהלות השחקנים.⁸ בנוסף, הכלים להערכת התועלות אינם מפותחים כמו אלה של הערכת העלויות, כאשר מורכבות הערכת התועלות עלולה לגרום להזנחתה, ובכך לסכנה להטיה דהירגולטורית.⁹ התועלות העקיפות הן אף מאתגרות יותר להערכה, בין היתר בשל כך שלעיתים התועלות עשויות להיות לטווח רחוק של עשרות שנים קדימה.¹⁰ אתגר נוסף מצוי בהשוואה בין ממדים שונים: מעבר לצורך במידע רב, עולה השאלה כיצד, למשל, ניתן להעריך השפעה שלילית על הסביבה לעומת השפעה חיובית על הכלכלה.¹¹ בנוסף, תה"ר מוצלח יותר בניתוח העלויות והתועלות לגבי הצעה רגולטורית אחת ספציפית, מאשר לגבי ניתוח השפעות רגולטוריות בעלות אופי שונה או ביחס לקומבינציה של גישות.¹² מדיניות רציונלית היא מדיניות אשר משיגה את הרווח החברתי המקסימלי – כלומר, אשר התועלת בה עולה על העלות, במידה הרבה ביותר בין האלטרנטיבות. בעלות ובתועלת הכוונה לשיקול רחב מעבר לפן הכלכלי גרידא, כולל כל הערכים החברתיים, הפוליטיים והכלכליים.¹³ לפי הגישה הרציונלית, בעולם שבו כל המידע קיים וזמין, תהליך עקבי יאפשר להגיע למסקנות נכונות,¹⁴ כאשר מתודולוגיה עקבית תוביל למסקנות אובייקטיביות בעלות תוקף מדעי. תה"ר הוא מקרה מובהק של יישום הגישה הרציונלית במדעי המדינה: יישום של שלבי תה"ר יוביל לפתרון "הנכון", אשר יקדם את הרווחה החברתית.¹⁵ התבססות על הגישה הרציונלית נובעת מההנחה שקביעת המדיניות תיעשה בצורה רציונלית יותר ככל שיעשה שימוש בכלים ובטכניקות אנליטיים.¹⁶

- Robert Baldwin, *Better Regulation: The Search and the Struggle*, in THE OXFORD HANDBOOK OF REGULATION 259 (Robert Baldwin, Martin Lodge & Martin Cave eds., 2012). 8
- יובל רויטמן "הרפורמה הרגולטורית: בין הגלוי לסמוי" **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 425** (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016). 9
- James R. Palmer, *Interpretive Analysis and Regulatory Impact Assessment*, in HANDBOOK OF REGULATORY IMPACT ASSESSMENT 52 (Claire A. Dunlop & Claudio M. Radaelli eds., 2017). 10
- Kai Wegrich, *Regulatory Impact Assessment: Ambition, The White House Design, and Politics*, in HANDBOOK ON THE POLITICS OF REGULATION (David Levi-Faur ed. 2011). 11
- Baldwin, לעיל ה"ש 8. 12
- THOMAS R. DYE, UNDERSTANDING PUBLIC POLICY (1972). 13
- Julia Hertin, Klaus Jacob, Udo Pesch & Carolina Pacchi, *The Production and Use of Knowledge in Regulatory Impact Assessment – An Empirical Analysis*, 11 FOREST POLICY AND ECONOMICS 413 (2009). 14
- כדברי Radaelli & De Francesco, לעיל ה"ש 4, בעמ' 281: 15
- "There is a logic based on rational policymaking. The logic at work here is that RIA fosters regulations that increase the net welfare of the community. Underlying this notion is the requirement to use economic analysis systematically in rule-formulation".
- John Turnpenney, Claudio M. Radaelli, Andrew Jordan & Klaus Jacob, *The policy and Politics of Policy Appraisal: Emerging Trends and new directions*, 16 JOURNAL OF EUROPEAN PUBLIC POLICY 640 (2009). 16

2. המקור לתה"ר – ארצות הברית

מקובל לראות בארצות הברית את "כוכב הצפון" של תה"ר, ערש הולדת תה"ר¹⁷, וזאת, כמדינה שבה התפתחה, בסוף שנות השישים, התפיסה שלפיה יש לבחון, בטרם חקיקה, את השלכות הרגולציה במונחי עלות-תועלת – לב ניתוח תה"ר. הנשיא רייגן הוא המזוהה עם תהליך זה, אך, למעשה, בעשורים הקודמים, נוצרו המוסדות ליישום התהליך ונוצרה התשתית שאפשרה לו ליישמו מיד עם כניסתו לתפקיד. כך, בשנות ה-60 של המאה ה-20, פרופ' לכלכלה חקלאית מאוניברסיטת משיגן בשם Allan Schmid הושאל לצבא, וטיפל, ככלכלן, בביצוע החוק לטיפול בשיטפונות. חוק זה, מ-1936, קבע כי על הממשל הפדרלי לפעול בנושא ניווט מים לצורך מניעת שיטפונות אם התועלות שינבעו מפעילות זו עורפות במידה רבה על העלויות המוערכות.¹⁸ בנייר עמדה שכתב ב-1969, העלה פרופ' Schmid לראשונה, בהשראת חוק זה, את הרעיון כי ניתוח העלות-תועלת האמור רלוונטי גם לרגולציה. בהמשך,¹⁹ לצורך יישום תפיסת העלות-תועלת הוקמה בצבא ארצות הברית מחלקה שביצעה את בחינת העלות-תועלת של פרויקטים הנדסיים כמו רמת המים בסכרים. לפי Tozzi,²⁰ שעבד מ-1964 ב־ Army's secretary's office ומאוחר יותר הקים את ה-OIRA,²¹ ניסיון זה היה בעל משמעות רבה, כאשר הניסיון שנצבר במסגרת זו היווה, בשלב מאוחר יותר, בסיס לעבודת ה־Office of Management Office of Information and Budget (OMB) and Budget ששימש, במידה רבה, כבסיס להקמת ה־Office of Regulatory Affairs (OIRA) בתקופתו של רייגן²² – הגוף השלטוני שריכז את הטמעת התפיסה. תהליך הבחינה בארצות הברית במונחי עלות-תועלת התפשט מהצבא לגורמי הממשל האזרחיים בזמן הנשיא ניקסון, כאשר בחינת העלות-תועלת שימשה בהקשר זה בעיקר את תאגיד הענק ככלי למניעת רגולציה הנוגעת לאיכות הסביבה. West מסביר התפתחות זאת, בין היתר, כתולדה של ההתפתחות הטכנולוגית וכן כתגובת נגד לעלייה משמעותית ברגולציה בארצות הברית בין אמצע שנות השישים לאמצע שנות השבעים.²³

- Andrea Renda, *Impact assessment in the EU: The State of the art and the art of the State*, 17
 .CENTRE FOR EUROPEAN POLICY STUDIES BRUSSELS (2006) <https://tinyurl.com/4tcj9xe6>
- :701a ס' ,Flood Control Act, 33 U.S.C § 15 18
- "It is recognized... that the Federal Government should improve or participate in the improvement of navigable waters or their tributaries, including watersheds thereof, for flood-control purposes if the benefits to whomsoever they may accrue are in excess of the estimated costs...".
- Allan Schmid, *Effective Public Policy and the Government Budget: A Uniform Treatment of Public Expenditures and Public Rules*, in 1 A COMPENDIUM OF PAPERS SUBMITTED TO THE SUBCOMMITTEE ON ECONOMY AND GOVERNMENT OF THE JOINT ECONOMIC COMMITTEE 579
 .<https://thecre.com/pdf/Schmid.PDF> 19
- Jim Tozzi, *OIRA's Formative Years: The Historical Record of Cenralized Regulatory Revie* 20
.Preceding OIRA's Founding, 63 ADMINISTRATIVE L. REV. (Special Issue) 33 (2011)
- Dan Davidson, *Jim Tozzi – Center for Regulatory Effectiveness*, FEDERALTIMES.com. (Nov. 21
 .11, 2002) <https://tinyurl.com/8xamx4hz>
- .Tozzi, לעיל ה"ש 20. 22
- William West, *United States of America*, in HANDBOOK OF REGULATORY IMPACT 23
 .ASSESSMENT 78 (Claire A. Dunlop & Claudio M. Radaelli eds., 2017)

התהליך נולד ויושם בארצות הברית באמצעות צווים נשיאותיים,²⁴ על רקע המבנה הפוליטי שלה, והוא חל רק על סוכנויות הביצוע – תפיסה שאותה יש להבין על רקע "בעיית הנציג"²⁵ וכן רק בהתייחס לרגולציה שהשפעתה גבוהה – מעל 100 מיליון דולר. לאחר עידן רייגן, כל הנשיאים – הדמוקרטים והרפובליקנים – אימצו את התהליך בבסיסו, אם כי לעיתים בדגשים שונים – חישוב עלות-תועלת ודה-רגולציה (רפובליקנים) לעומת שקיפות ושיתוף ציבור (דמוקרטים).²⁶ כך, הנשיא ביידן, ביום הראשון לכהונתו, הוציא תזכיר נשיאותי בנושא, שבו הודגש הצורך בשימוש בכלי רגולציה מתקדמים לצורך שיפור חיי האזרחים והתמודדות עם האתגרים המשמעותיים כגון מגפת הקורונה, מיתון, חוסר שוויון גזעי וסכנת האקלים.²⁷ תה"ר כפי שבא לידי ביטוי בארצות הברית בשנות ה-70 – כלומר, התייחסות לעלויות ולתועלות בעת קביעת רגולציה, אומץ בכמה מדינות נוספות.²⁸ עם זאת, השלב המשמעותי להתפשטות התהליך בעולם היה אימוצו, פיתוחו והפצתו על ידי ה-OECD החל מאמצע שנות ה-90 של המאה ה-20, כפי שיפורט להלן.

3. תרומתו הקריטית של ה-OECD להתפשטות תה"ר בעולם

לאורך המאה ה-20 הפכה הרגולציה לכלי מרכזי בקביעת מדיניות. מושג "המדינה הרגולטורית" מתייחס למדינה אשר עושה שימוש נרחב בחקיקה וחקיקת משנה, לפי גישה אחת – בניגוד למדינה הפוזיטיביסטית אשר עשתה בעיקר שימוש בכלים כלכליים של מיסוי, ייצוב כלכלי וחלוקה מחדש ואופיינה במורכבות אדמיניסטרטיבית,²⁹ ולפי גישה אחרת – כמושג שאינו מנוגד למדינה הפוזיטיביסטית, אלא ממחיש כי במדינה הרגולטורית נעשה ברגולציה "שימוש אינטנסיבי יותר, חכם יותר ורחב היקף יותר מאי פעם בעבר".³⁰ התרחבות

24 למשל: 11,821, Exec. Order, 35 FR 5993 (Apr. 9, 1970) – הנשיא ניקסון; 11,523, Exec. Order, 39 FR 41501 (Nov. 29, 1974) – הנשיא פורד; 11,949, Exec. Order, 43 FR 13193 (Feb. 17, 1981) – הנשיא פורד; 5, 1977) – הנשיא פורד; 12,044, Exec. Order, 46 FR 13193 (Feb. 17, 1981) – הנשיא רייגן; 12,291, Exec. Order, 58; 12,866, Exec. Order, 58; FR 51735 (Sep. 30, 1993) – הנשיא קלינטון.

25 Wegrich, לעיל ה"ש 11.

26 MARC ALLEN EISNER, REGULATORY POLITICS IN AN AGE OF POLARIZATION AND DRIFT: BEYOND DEREGULATION (2017); Robert W. Hahn, *State and Federal Regulatory Reform: A Comparative Analysis*, THE JOURNAL OF LEGAL STUDIES 873 (2000), לעיל ה"ש 20.

27 Modernizing Regulatory Review, The White House, <https://tinyurl.com/26tpp42k>, ראו גם <https://tinyurl.com/5h6d9rfb> – 7.4.2023 שפורסם ביציבור, שפורסם ביציבור, שפורסם ביציבור.

28 Fabrizio De Francesco, *Diffusion across OECD countries*, in HANDBOOK OF REGULATORY IMPACT ASSESSMENT 52 (Claire A. Dunlop & Claudio M. Radaelli eds., 2017), וכן: Renda, לעיל ה"ש 3.

29 Giandomenico Majone, *From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*, 17 JOURNAL OF PUBLIC POLICY 139 (1997).

30 דוד לוי-פאור "האודיסאה של המדינה הרגולטורית: ממושג רזה וחד-ממדי למושג עבה ורב-ממדי" *מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות* 23, 41 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016).

השימוש בהתערבות רגולטורית גרמה להתעניינות גדלה לגבי העלויות של רגולציה מיושנת, לא איכותית, והמתרחבת באופן תמידי.³¹ בתחילה כלל שיח זה התייחסות לתחומים ספציפיים, אך עם הזמן הלכה והתחזקה ההכרה בדבר הצורך ברפורמה כוללת.

ה־OECD היה הגוף העל־מדינתי המוביל בהקשר לרפורמה הרגולטורית. המלצות ה־OECD מ־1995,³² שקודמו באופן נמרץ ברמות הבכירות ביותר של החברות בארגון, היו הראשונות לקבוע סטנדרט בינלאומי בנושא איכות הרגולציה.³³ סיבות נוספות שצוינו לצורך ברפורמה רגולטורית מעבר להתרחבות השימוש ברגולציה היו: השינויים הכלכליים והחברתיים שהתרחשו במאה ה־20; החשש כי הרגולציה הקיימת עלולה להוות מכשול להשגת הרווחה החברתית על ידי עיכוב חדשנות ויצירת חסמים לא נדרשים למסחר, השקעה ויעילות כלכלית; פתיחת הגבולות; הצורך בהסרת חסמים לתחרות; כפילויות בין גורמי שלטון שונים; והשפעה של קבוצות אינטרס המבקשות לייצר הגנה מתחרות. ב־1997 הגדיר ה־OECD את הרפורמה הרגולטורית ככוללת שיפור רגולציות ספציפיות (כולל דה־רגולציה) או בנייה מחדש של כל המשטר הרגולטורי ומוסדותיו ושיפור התהליכים.³⁴

המונחים "רגולציה טובה יותר" או "רגולציה חכמה" התקבעו כמונחים המקובלים בהתייחסות לרפורמה הרגולטורית:³⁵ השימוש במונחים "חיוביים" סייע בהנעת פוליטיקאים ובירוקרטים, בהיותו מתקשר עם שיפור והתקדמות של המגזר הציבורי ומשתיק את המתנגדים לו – הרי אין מי שרוצה "רגולציה טובה פחות".³⁶

רגולציה חכמה מהווה "מטא־רגולציה" – סטנדרטים וכללים שאינם חולשים על שחקנים או סקטורים ספציפיים, אלא על כל תהליך קביעת הרגולציה, אימוצה, אכיפתה והערכתה.³⁷ ככזאת, היא מנהלת את המתחים הקיימים בין מטרות שונות, ובאים בה לידי ביטוי מתחים מתחום הפילוסופיה והמדיניות,³⁸ למשל, המתחים באשר לגבולות האתיקה של הקפיטליזם הגלובלי.³⁹ בדומה ל"מדינה הרגולטורית" – הגדרה שאין ללמוד ממנה על התפיסה החברתית־כלכלית שעומדת מאחוריה,⁴⁰ גם הרגולציה החכמה כמטא־רגולציה אינה קובעת

- Nick Malyshev, *Regulatory Policy: OECD Experience and Evidence*, 22 OXFORD REV. OF ECONOMIC POLICY 274 (2006). 31
- OECD, RECOMMENDATION OF THE COUNCIL ON IMPROVING THE QUALITY OF GOVERNMENT REGULATION (1995), <https://tinyurl.com/2etnykdx> (להלן: OECD 1995). 32
- Radaelli, לעיל ה"ש 1. 33
- OECD, THE OECD REPORT ON REGULATORY REFORM SYNTHESIS (1997), <https://tinyurl.com/482cawm8> (להלן: OECD 1997). 34
- Claudio M. Radaelli & Anne Meuwese, *Better regulation in Europe: Between Management and Regulation*, 87 PUBLIC ADMINISTRATION 639 (2009). 35
- Radaelli, לעיל ה"ש 1. 36
- Claudio Radaelli, *Whither Better Regulation for the Lisbon agenda?* 14 JOURNAL OF EUROPEAN PUBLIC POLICY 190 (2007). 37
- Baldwin, לעיל ה"ש 8. 38
- Bronwen Morgan, *The Economization of Politics: Meta-Regulation as A form of Nonjudicial Legality*, 12 SOCIAL & LEGAL STUDIES 489 (2003). 39
- David Levi-Faur, *The Odyssey of the Regulatory State: From A "thin" Monomorphic Concept to A "thick" and Polymorphic Concept*, 35 LAW & POLICY 29 (2013). 40

מהות. כלומר, גם התוצרים המצופים ממנה עשויים להשתנות לפי הערכים שיוצקים למושג זה, וזאת בהתאם למקום ולזמן, ויכולים להיות סותרים או לדור בכפיפה אחת. כך, ערכים אלה עשויים להיות ערכים כלכליים מסוגים שונים – הפרטה, חיזוק התחרות, דגש על העלאת התל"ג, אך מאידך, ערכים של צדק חלוקתי – כל אלה מטרות אשר צוינו, זו לצד זו, במסמכים המגדירים את הרגולציה הטובה יותר, החל מהמסמכים הראשונים בנושא של ה-OECD.⁴¹ בהתחשב באופי הגמיש של מונח זה, בכל מדינה ניתן דגש על כלים אחרים במסגרת הרפורמה הרגולטורית, בהתאם לצרכים הספציפיים של אותה מדינה.⁴²

Baldwin מציין כי גם באותה מדינה, גורמים שונים עשויים לתפוס את המונח "רגולציה טובה יותר" באופן שונה, כל אחד מנקודת מבטו: כלכלנים עשויים להדגיש את היעילות; אזרחים ופוליטיקאים את השקיפות והאחריותיות; וחברות את התחרותיות. כפועל יוצא, יימדדו גם הפרמטרים למדידת השגת מטרת הרגולציה הטובה מזוויות שונות: לפי איכות תכנון התהליך הרגולטורי; לפי אופן היישום והאכיפה; לפי ההגעה לתוצאה המיוחלת; או לפי השיפור שהושג. מדובר במדיניות אשר יש קושי גדול לבצע לגביה השוואה ומדידה, ולפיכך "It is arguably a policy initiative that, at heart, is founded on aspiration rather than conceptual clarity."⁴³

במסמך המכונן של ה-OECD מ-1995 הובאה רשימת שאלות לבחינה בעת קביעת רגולציה חכמה, גם אם המונח הספציפי RIA טרם נזכר בו.⁴⁴

ב-1997 התייחס ה-OECD לראשונה באופן ספציפי לתהליכי RIA ככלי חיוני לצורך הגעה לרגולציה טובה יותר, זאת לצד הצורך ביצירת מנגנונים ובכללם יצירת מכניזם אפקטיבי ואמין לניהול ותיאום רגולציה, גם בין גורמי השלטון השונים, וכן לצד הצורך בקידום תפיסה של מעגל החיים הרגולטורי.⁴⁵ במסמך זה ניתנו דוגמאות רבות בנוגע לחיסכון שהושג כתוצאה משימוש בתה"ר במדינות שבהן יושם, והדגש הוא על ההישגים הכלכליים הקשורים לשימוש בתהליך, אשר כתוצאה מהם גדל התוצר הלאומי הגולמי. עם זאת, כבר במסמך זה ולאורך כל הדרך הוזכרו גם אלמנטים "חברתיים", כמו צדק חלוקתי, כאחת מהשפעות שאותן יש לבחון במסגרת התהליך. בהמשך הדרך הוזכר התה"ר ככלי מרכזי להשגת "רגולציה טובה יותר".⁴⁶ ב-2012 הציג ה-OECD המלצות מעודכנות בנוגע לרגולציה טובה יותר. עדכון המלצות הוסבר בהתפתחויות שחלו בשנים אלה, ובכללן – המשבר הכלכלי של 2008, ההתפתחויות הטכנולוגיות והניסיון שהצטבר במהלך השנים. המלצה 4 בהמלצות אלה מתייחסת לתה"ר וקובעת כי תה"ר אמורים לספק למקבלי החלטות מידע חיוני לגבי הצורך ואופן קביעת

41 OECD 1997, לעיל ה"ש 34.

42 Malyshev, לעיל ה"ש 31.

43 Baldwin, לעיל ה"ש 8, בעמ' 273.

44 OECD 1995, לעיל ה"ש 32.

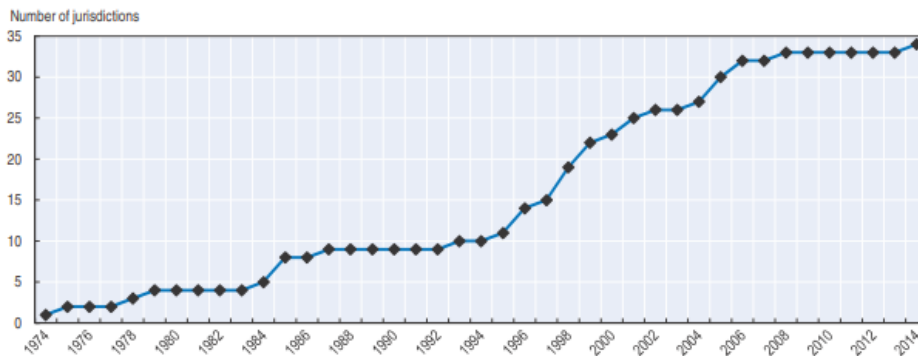
45 OECD 1997, לעיל ה"ש 34.

46 Claudio Radaelli, *Rationality, Power, Management and Symbols: Four Images of Regulatory Impact Assessment*, 33 SCANDINAVIAN POLITICAL STUDIES 164 (2010); Claire Dunlop, Martino Maggetti, Claudio Radaelli & Duncan Russel, *The Many Uses of Regulatory Impact Assessment: A Meta-Analysis of EU and UK Cases*, 6 REGULATION & GOVERNANCE 23 (2012).

הרגולציה באופן המיטבי.⁴⁷ לצורך כך נקבע, בין היתר, כי על המדינות לשלב תהליכים אלה בשלבים המוקדמים של תהליך קביעת המדיניות, כי יש לבצע תה"ר באופן פרופורציונלי להיקף השפעתה וכי יש לעשות שימוש בתיאורים איכותניים להשפעות אותן קשה לכמת, כגון – צדק, הוגנות וחלוקתיות.

חשוב לציין כי החל מההתייחסות הראשונה של ה-OECD ב-1995 ולאורך כל הדרך מודגש כי התה"ר, ככלי להשגת רגולציה טובה יותר, אינו עומד בפני עצמו, אלא הוא חלק משיטת ניהול ממשלי כוללת ("whole of government approach") ובמסגרתה – איסוף וניתוח מידע, תהליכי התייעצות והערכה בדיעבד של הרגולציה. כן מודגש הצורך בתמיכה פוליטית לצורך הטמעת תה"ר בשיטה.⁴⁸ האיחוד האירופי החל גם הוא להטמיע את פרדיגמת הרפורמה הרגולטורית בסוף שנות ה-90, הן בקרב החברות שבו והן ככלי באיחוד האירופי עצמו, שהפך גם הוא לסוכן שינוי משמעותי בהטמעת הרפורמה הרגולטורית, כמו גם תה"ר.⁴⁹ הקפיצה המשמעותית בהתפשטות התהליך בעולם הייתה בעקבות אימוצו של ה-OECD את התהליך באמצע שנות ה-90 של המאה ה-20, כפי שניתן לראות בגרף הבא:⁵⁰

Figure 4.3. Trend in RIA adoption across OECD countries



Note: Based on data from 34 countries and the European Commission.

Source: 2014 Regulatory Indicators Survey results, www.oecd.org/gov/regulatory-policy/measuring-regulatory-performance.htm.

StatLink <http://dx.doi.org/10.1787/888933262870>

גרף מס' 1 – התפשטות תה"ר בקרב מדינות ה-OECD, 1974–2014

OECD, OECD RECOMMENDATION OF THE COUNCIL ON REGULATORY POLICY AND GOVERNANCE (2012), <https://tinyurl.com/2fk6ssj9> (להלן: OECD 2012). 47

OECD 1997, לעיל ה"ש 34; OECD 2012, שם. 48

Mandelkern Group on Better Regulation - Final Report, SMARTREG.PE (13.11.2021), <https://tinyurl.com/4k7xj6w7>; Ioannis Lianos, Mihaly Fazekas & Maksim Karliuk, *Cross-national Diffusion in Europe*, in HANDBOOK OF REGULATORY IMPACT ASSESSMENT 286 (Claire A. Dunlop & Claudio M. Radaelli eds., 2017), לעיל ה"ש 37. 49

OECD, OECD REGULATORY POLICY OUTLOOK 2015, <https://tinyurl.com/yc72bchw> (להלן: OECD 2015). 50

בחינה אמפירית לגבי הסברים שונים למעבר תה"ר בין מדינות העלתה כי המשתנה המסביר לגבי אימוץ תה"ר הוא האינטראקציה בין ממשלות אשר מתחזקת באמצעות ה-OECD. לא נמצא ממצא חדמשמעי לגבי דמיון בין המאפיינים הפנימיים של מדינות (מאפיינים אדמיניסטרטיביים, גודל המדינה או המסורת) כמשתנה מסביר לאימוץ תה"ר. בחינה של מקרים פרטניים, כמו טורקיה, איטליה, ברזיל, צרפת ואוסטריה, חיזקה את המסקנה בדבר תפקידו המרכזי של ה-OECD בהפצת תה"ר. הסבר זה הוא עקבי עם תפקיד ה-OECD בהפצת חידושים אחרים, כמו למשל ה-NPM.⁵¹

תפקידו המרכזי של ה-OECD כמתווך המקל על התפשטות התה"ר בוצע הן באמצעות רשת המומחים והן בשל העובדה שכארגון בין-לאומי, יש לו את היכולת להציב את הנושא בלב תשומת הלב של מקבלי ההחלטות.⁵² בנוסף, הארגון יצר "קיצור דרך" לגבי המודל. מיצובו ככלי חדשני ומודרני, של מדינות מתקדמות, לחיזוק קבלת החלטות על בסיס מידע, ואשר מאפשר להעלות את הרווחה באופן רציונלי, סייע בהתפשטות כלי זה בקרב מדינות רבות. כך, לדוגמה, אם היה ממוצב ככלי להגברת השליטה הפוליטית, היה מעורר התנגדות. בנוסף, נמצא כי היקף יישום התהליך היה גבוה יותר בקרב המדינות שאימצו את התהליך מוקדם יותר.⁵³ בנוסף, אימוץ כלי תה"ר נעשה במקרים רבים כחלק מהאג'נדה של הקלה על עשיית עסקים.⁵⁴ אימוץ התהליך על ידי האיחוד האירופי, כמו גם קידומו על ידי הבנק העולמי, גרם לאימוצו גם בקרב מדינות מתפתחות.⁵⁵ בנוסף, קידם האיחוד האירופי את אימוץ התהליך במדינות מזרח אירופה ומרכזו ולאחר מכן במדינות הבלקן, בקובעו את הטמעת תה"ר כתנאי לצורך קבלה לאיחוד האירופי, כתנאי לכניסה לשוק האירופי או לקבלת סיוע כלכלי.⁵⁶

4. מגמות עכשוויות – המלצות ה-OECD מ-2021

במסמך ה-OECD מ-2021⁵⁷ צוין הצורך בתפיסה מעודכנת למדיניות הרגולציה, וזאת בשל האתגרים והשינויים שחלפו מאז הצגת תפיסת הרגולציה החכמה באמצע שנות ה-90, ביניהם: הגברת ההקצנה, ירידת האמון במוסדות, קצב השינויים הטכנולוגיים, אי-השוויון, שינויי האקלים, הזדקנות האוכלוסייה ומגפת הקורונה. עוד צוין הצורך בהתאמת מושג הרגולציה החכמה להתפתחויות ולמצאים בנושא בחלוף עשורים מהשקת התהליך, וביניהם: הפערים בין הציפיות לשימוש בכלי הרגולציה החכמה לבין אופן מימושם, והציפייה שנכזבה כי הרגולציה החכמה ובייחוד תה"ר יהוו צעד משלים לניהול התקציב הממשלתי, כך שיתקיים מעבר לבקרה שלמה יותר על הוצאות הממשלה והשירותים הממשלתיים. מגמה נוספת שבאה

51 De Francesco, לעיל ה"ש 28.
52 Fabrizio De Francesco, *Diffusion of Regulatory Impact Analysis Among OECD and EU Member States*, 45 COMPARATIVE POLITICAL STUDIES 1277 (2012).
53 De Francesco, לעיל ה"ש 28.
54 Renda, לעיל ה"ש 3.
55 ש.ם.
56 Lianos et al., לעיל ה"ש 49.
57 OECD 2021, לעיל ה"ש 2.

לידי ביטוי במסמך זה היא המעבר מהדגש על הפן הכלכלי לדגש על חיזוק ה־Regulatory “coherence”⁵⁸.

עוד נכתב לעניין הצורך בשינוי והתאמת תהליכי הערכת השפעות הרגולציה:

Traditional regulatory management tools, such as regulatory impact assessment (RIA), stakeholder engagement and *ex post* evaluation, need to be adapted to help governments navigate the challenges and the opportunities brought by transformative changes and choose the right approach – regulatory or otherwise – to improve societal welfare. These new challenges also call for an increase in regulatory coherence, aligning regulatory governance with strategic governmental goals such as the Sustainable Development Goals.⁵⁹

ג. איכות תהליכי הערכת השפעות רגולציה

1. מה הבעיה שאותה התה"ר מבקש לפתור

שאלה ראשונה שעליה יש להשיב בטרם דיון בשאלת איכות התה"ר היא מה הבעיה שאותה בא תה"ר לפתור. בספרות מוזכרות תפיסות שונות בנושא:

הבעיה של רגולציה ובירוקרטיה עודפות – לפי תפיסה זו, תה"ר בא לתרום להפחתת בירוקרטיה ורגולציה. תפיסה זו משתלבת בגישה לפיה “... as a rule, regulation is acquired by the industry, and is designed and operated primarily for its benefit”⁶⁰ “במקרים רבים כלל לא ברורה תרומת האסדרה לרווחת החברה”⁶¹. אחת הנגזרות של תפיסה זו היא כי גם כאשר נדרשת רגולציה, תועדף גישה של התערבות נמוכה ככל הניתן (כמו רגולציה עצמית).⁶²

הבעיה של צורך בתיעדוף בשל מחסור במשאבים – ולכן, תה"ר בא לשמש כלי להשגת מקסום הרווחה החברתית.⁶³ תפיסה זו מבוססת על התפיסה הרציונלית במדעי המדינה.⁶⁴

בעיית הנציג – בעת ההתפתחות הראשונית של תה"ר בארצות הברית, היה מקובל לראות בתה"ר מענה ל־“בעיית הנציג” על רקע המאפיין המרכזי של השיטה הפוליטית בארצות הברית: האצלת סמכויות נרחבות לסוכנויות רגולטוריות (הנציג). קביעת חובה על סוכנויות אלה להעביר דו"ח תה"ר לגופים מרכזיים באה, לפי תפיסה זו, לתת מענה לאייהסימטריה במידע בין

58 כפי שהוגדר מונח זה ב־OECD 2021, לעיל ה"ש 2, בעמ' 28. ראו פירוט בנושא בפרק ג.1 להלן.

59 OECD 2021, לעיל ה"ש 2, בעמ' 18 (ההדגשה הוספה).

60 George Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 BELL JOURNAL OF ECONOMICS AND MANAGEMENT SCIENCE 3 (1971).

61 פורום קהלת למדיניות טיוב האסדרה בישראל 9 (2017) <https://tinyurl.com/2hnmpx5h>.

62 Wegrich, לעיל ה"ש 11.

63 שם.

64 DYE, לעיל ה"ש 13.

מחקרי רגולציה ט כרוניקה של תוצאה ידועה מראש – תהליכי הערכת השפעות רגולציה סימבוליים

הפוליטיקאים לסוכנויות הביצוע.⁶⁵ התה"ר אפשר את הגברת הבקרה הנשיאותית על הסוכנויות באופן המאפשר שליטה של הנשיא או הקונגרס בסוכנויות. התייחסות זו רלוונטית פחות למשטרים פרלמנטריים.⁶⁶ כך, בהקשר האירופי, למשל הבריטי, בעיה זו אינה מרכזית.⁶⁷ עם זאת, במשטרים פרלמנטריים ניתן ליישם את תפיסת תה"ר כפתרון לבעיית הנציג בתצורה שונה: הממשלה היא הנציג והאזרחים – המנהל.⁶⁸

מענה לאתגר של חיזוק האפקטיביות והעקביות השלטונית – תפיסה זו צוינה ב־OECD כבר ב־1995⁶⁹ ומצאה ביטוי ביתר שאת ב־2021 תחת הכותרת "Regulatory policy 2.0", ולפיה מטרת הרגולציה הטובה יותר ותה"ר ככלי מרכזי להשגתה היא חיזוק ה־"Regulatory coherence", שהגדרתו:

The use of good regulatory practices in the process of planning, designing, issuing, implementing, and reviewing regulatory measures in order to facilitate achievement of domestic policy objectives, and in efforts across governments to enhance regulatory co-operation in order to further those objectives and promote international trade and investment, economic growth and employment.⁷⁰

מענה לאתגר הלגיטימיות השלטונית – לפי גישה זו, תה"ר בא לחזק את הלגיטימיות השלטונית, וזאת בזכות חיזוק השקיפות וכן הגברת השתתפותן של קבוצות נוספות בתהליך השלטוני.⁷¹ כך, Radaelli & De Francesco הדגישו את התפיסה הרואה בתה"ר ביטוי ל־"democratic governance" – הדגשת חשיבות השתתפותם של שחקנים חברתיים נוספים, אשר, כרגיל, נגישותם לתהליך הרגולציה נמוכה יותר.⁷² את המקור הראשוני לגישה זאת ניתן לראות בחקיקה מאמצע שנות ה־40 בארצות הברית, אשר חייבה את הסוכנויות לפרסם רגולציה מוצעת בעיתון הרשמי, לצורך קבלת הערות הציבור.⁷³ גם בישראל צוינה הגברת הלגיטימציה

- 65 Wegrich, לעיל ה"ש 11.
- 66 Claire Dunlop & Claudio Radaelli, *The Politics and Economics of Regulator Impact Assessment*, in HANDBOOK OF REGULATORY IMPACT ASSESSMENT 3 (Claire A. Dunlop & Claudio M. Radaelli eds., 2017).
- 67 Wegrich, לעיל ה"ש 11.
- 68 Anne Meuwese & Stijn Van Voorst, *Regulatory Impact Assessment*, in Legal Studies, in HANDBOOK OF REGULATORY IMPACT ASSESSMENT 21 (Claire A. Dunlop & Claudio M. Radaelli eds., 2017).
- 69 OECD 1995, לעיל ה"ש 32.
- 70 OECD 2021, לעיל ה"ש 2, בעמ' 28.
- 71 Claudio Radaelli, *Diffusion Without Convergence: How Political Context Shapes the Adoption of Regulatory Impact Assessment*, 12 JOURNAL OF EUROPEAN PUBLIC POLICY 924 (2005).
- 72 Radaelli & De Francesco, לעיל ה"ש 4.
- 73 US Administrative Procedure Act (1946) 5 U.S.C. §§ 551–559.

לרגולציה כבר במסמכים המכוננים הראשונים של התהליך.⁷⁴ בהקשר זה, עולה השאלה לגבי חשיבות תפיסת הציבור כי לתה"ר יש משקל מעשי בתהליך הרגולטורי וכי תהליכים אלה אינם נעשים "בשביל הפרוטוקול". בעניין דומה נמצא כי ביצוע סקרי אזרחים, גם אם לא ניתן להם משקל ממשי בהחלטות, עשוי לגרום, בטווח הקצר, למתן תחושה לציבור כי השלטון מעוניין בדעתו.⁷⁵ יחד עם זאת, לכשיתברר כי מדובר בפעולה שהיא רק למראית עין, הדבר יגרום דווקא לירידת אמון הציבור.⁷⁶ הגברת הלגיטימיות בשל התה"ר נובעת גם מאלמנטים נוספים מעבר לשקיפות ולנגישות: האלמנט הרציונלי כתהליך רציונלי וסדור;⁷⁷ הפחתת הגירעון בלגיטימיות פעולות בירוקרטים, על רקע היותם גורמים שלא נבחרו על ידי הציבור, בשל היכולת להראות כי פעולותיהם מושתתות על בסיס מקצועי, מדעי וטכני מוצק,⁷⁸ וכן – עקב הטמעתן של שיטות ניהול מהמגזר הפרטי.⁷⁹ תפיסה זו תראה את החשיבות בתה"ר במידת הלגיטימיות שהתהליך הוסיף לרגולציה. במצב שבו תה"ר מתוכנן באופן שמוטה כלפי קהילה אחת, למשל – קהילת העסקים, התהליך יאבד מהלגיטימיות שלו, באופן ששום ניתוח כלכלי לא יוכל לפצות עליו.⁸⁰

2. מהו תה"ר טוב?

מריבוי נקודות המבט על השאלה מה הבעיה שאותה בא התה"ר לפתור כמפורט לעיל, עולה כי התשובה לשאלה מהו תה"ר טוב תשתנה לפי התפיסה באשר לבעיה שאותה בא תה"ר לפתור: האם ביצוע תה"ר סייע, בסופו של דבר, לניהול טוב יותר של המשאבים, ובכך להעלאת הרווחה החברתית? האם סייע לכך שהנציג יפעל לפי אינטרס המנהל? האם סייע בהפחתת הבירוקרטיה ולקידום הדרגולציה? האם הביא לחיזוק האפקטיביות והעקביות השלטונית? האם סייע בהעלאת הלגיטימיות של התהליך השלטוני, בין אם בעקבות השתתפות קבוצות שהיו מודרות ממנו בלעדי התהליך ובין אם מסיבות אחרות? בדומה לתפיסה השונה, שצוינה לעיל של כל אחד מהשחקנים לגבי מהי רגולציה טובה יותר,⁸¹ גם תה"ר טוב נבחן מנקודת מבט שונה על ידי כל אחד מהשחקנים. כך, Radaelli מצייין

- 74 משרד ראש הממשלה תורת הערכת השפעת רגולציה – מדריך ממשלתי טיוטה להערות (2013), <https://tinyurl.com/57dmfdmy>.
- 75 Esteban Dalehite, *Determinants of Performance Measurement: An investigation into the Decision to Conduct Citizen Surveys*, 68 PUBLIC ADMINISTRATION REV. 891 (2008).
- 76 Allan Lind & Christiane Arndt, *Perceived Fairness and Regulatory Policy*, OECD REGULATORY POLICY WORKING PAPERS (2016) <https://tinyurl.com/mxz4dc9f>.
- 77 Christina Boswell, *The Political Functions of Expert Knowledge: Knowledge and Legitimation in European Union Immigration Policy*, 15 JOURNAL OF EUROPEAN PUBLIC POLICY 471 (2008).
- 78 Lorna Schrefler, *The Usage of Scientific Knowledge by Independent Regulatory Agencies*, 23 GOVERNANCE 309 (2010).
- 79 Radaelli, לעיל ה"ש 46.
- 80 Boswell, לעיל ה"ש 77.
- 81 Baldwin, לעיל ה"ש 43.

מחקרי רגולציה ט כרוניקה של תוצאה ידועה מראש – תהליכי הערכת השפעות רגולציה סימבוליים

כי חולשה בסיסית בתה"ר היא שכל אחד מהשחקנים רואה "תה"ר טוב" באופן שונה: הכלכלן יבחן את התהליך בהיבט היעילות, עובד הציבור – לפי עמידה בפרוצדורות, הפוליטיקאי – לפי פוטנציאל התגובה של המצביע החציוני, חברות – בהורדת העלויות עליהן. לטעמו, התפיסה כי יש לבחון את איכות תה"ר לפי הניתוח הכלכלי מבוססת גם כן על נקודת מבט ספציפית – נקודת מבטו של המומחה, ומשקפת רק חלק מהתמונה.⁸² זאת ועוד – השאיפה לתה"ר טוב יותר עשויה לחייב יותר פורמליות ונוקשות בתהליך הרגולטורי ובכך להוביל דווקא לסרבול התהליך.⁸³

3. שיטות להערכת איכות תה"ר

כדי שתה"ר ישמש כלי שיספק למקבלי ההחלטות מידע חיוני לגבי הצורך ברגולציה ואופן קביעתה, עליו להיות כזה שאכן יאפשר להסתמך עליו לצורך הגעה להחלטות טובות יותר.⁸⁴ לאור זאת, מעניין כי למרות אימוץ תה"ר בעשרות מדינות, המחקרים המתמייחים באופן ספציפי לאיכות תה"ר או איכות דו"חות תה"ר אינם רבים, והמחקרים בנושא התרכזו במדינות מעטות.

בחינת איכות תה"ר עשויה להתבצע על ידי גורמים ממשלתיים. כך, בבריטניה, בוצעה בדיקת איכות תה"ר בעבר על ידי משרד המבקר הלאומי (NAO). ב-2009 הוקמה הוועדה למדיניות רגולציה (RPC) – גוף המייעץ לממשלת בריטניה, ובין היתר, על ידי הערכת איכות דו"חות תה"ר לגבי רגולציה הקשורה לעסקים או לארגוני המגזר השלישי. גוף זה, בין היתר, בוחן את איכות תהליכי תה"ר לגבי רגולציה בנושאים אלה בהתאם ל"ספר הירוק" – המדריך להערכת מדיניות, תוכניות ופרויקטים,⁸⁵ וזאת תוך דגש על בחינת המידע שהובא בדו"ח ושיטות הניתוח שבהן נעשה שימוש.⁸⁶

הערכת איכות ביצועם של תה"ר פרטניים יכולה להתבצע בכמה שיטות, כאשר יש תחליפיות בין מידת המשאבים הנדרשים לביצוע ההערכה לבין איכות ההערכה. לכן, מחקרים אשר נקטו שיטות מעמיקות יותר הקיפו מספר תה"ר נמוך יותר. במרבית המקרים מתבססת הערכת איכות תה"ר על המידע המצוי בדו"ח התה"ר. השיטות העיקריות שבהן נעשה שימוש להערכת איכות דו"חות תה"ר הן: שיטת ה"צ'ק ליסט", או שיטת ה"scorecards",⁸⁷ הבוחנת את הימצאותם של הפרטים הנדרשים לבחינה בדו"ח תה"ר; שיטת ה"point scale" המהווה דיוק של שיטת הצ'קליסט: במקום סימון "כן" או "לא" – כפי שנעשה בשיטת הצ'קליסט, ניתן

82 Radaelli, לעיל ה"ש 71.

83 Radaelli, לעיל ה"ש 37.

84 OECD 2012, לעיל ה"ש 47.

85 *The Green Book – Central Government Guidance on Appraisal and Evaluation* Crown copyright, HM Treasury (2022) <https://tinyurl.com/33dy5v2b>

86 ראו אתר RPC: <https://tinyurl.com/yuejcjub>.

87 Oliver Fritsch & Jonathan Kamkhaji, *Implementing in the Laboratory: Scorecards for Appraising Regulatory Impact Assessment*, in HANDBOOK OF REGULATORY IMPACT ASSESSMENT 399 (Claire A. Dunlop & Claudio M. Radaelli eds., 2017)

“ציון” בהתאם לסקלה הנקבעת. מתודולוגית עמותת “רווח נקי” שייכת לשיטה זו;⁸⁸ במסגרת שיטת ה-“case study” נבחרים מקרה אחד או מקרים ספורים, אשר נבחנו לעומק. כחלק מבחינת האיכות, החוקר מראיין את הגורמים שהיו מעורבים בתהליך הערכת הרגולציה או הושפעו ממנו. כך, למשל, במחקרם של Russel & Turnpenny שבחנו את ההתייחסות בכריטניה להיבטי קיימות, נעשה שימוש בשיטה זו.⁸⁹ ביצועה מחייב משאבים ניכרים, ולכן מספר התהליכים שבחינתם נעשה על בסיס שיטה זו הוא נמוך מאוד. היתרון הבולט בשיטה הוא היותה שיטה מושרשת היטב במדעי החברה. עם זאת, שימוש בה דורש השקעת משאבים משמעותית, ולכן היא אינה מתאימה להיקפים גדולים של בחינה. חיסרון נוסף הוא היותה סובייקטיבית והיות ממצאיה נתונים לפרשנות. שיטה זו מביאה לידי ביטוי באופן המשמעותי ביותר היבטים של איכות התהליך, להבדיל מאיכות הדו“ח; שיטה נוספת המוזכרת בספרות, אם כי בשוליים, היא **השוואה בין הערכה מראש לבחינה בדיעבד**. ככל שיש דמיון רב יותר ביניהן, כך איכות תה“ר גבוהה יותר.⁹⁰ עם זאת, ייתכנו הבדלים בין ההערכה מראש לבחינה בדיעבד שאינם נובעים מאיכות התהליך, אלא מגורמים נוספים.⁹¹

ציון כי איכות תה“ר כשלעצמה אינה נכללת במסגרת הפרמטרים הנבחנו על ידי OECD כחלק מהפרמטרים הנבחנו באופן שוטף. הסבר אפשרי אחד הוא הקושי והמשאבים הנדרשים להערכת איכות דו“חות ותהליכי תה“ר. לצורך כך נדרשים משאבים משמעותיים גם כאשר מדובר בבחינה פנימית באותה מדינה. בחינה זו היא אף מאתגרת יותר כאשר מדובר בבחינה של גורם חיצוני למדינה, אשר מטבע הדברים אינו בקי בדקויות השיטה, וכאשר הבחינה נעשית במבט השוואתי בין מדינות שונות. הסבר אפשרי נוסף הוא הקושי בקביעת דרך הערכה אחידה לתה“ר, אשר מטבעם שונים ממדינה למדינה בהתאם למבנה החברתי, המוסדי, התרבותי והמשפטי בכל מדינה:

While RIA is universally used across the OECD, there is no single model that is followed in implementing this regulatory policy tool. The design and evolution of RIA systems has taken into account the institutional, social, cultural and legal context⁹²

- 88 רווח נקי “פרוייקט תו איכות RIA – מתודולוגיית ניתוח” – <https://tinyurl.com/2zrp9rsp>.
- 89 Duncan Russel & John Turnpenny, *The Politics of Sustainable Development in UK Government: What Role for Integrated Policy Appraisal?*, 27 ENVIRONMENT AND PLANNING C: GOVERNMENT AND POLICY 340 (2009).
- 90 Winston Harrington, Richard Morgenstern & Peter Nelson, *On the Accuracy of Regulatory Cost Estimates*, 19 JOURNAL OF POLICY ANALYSIS AND MANAGEMENT 297 (2000).
- 91 Caroline Cecot, Robert Hahn, Andrea Renda & Lorna Schrefler, *An Evaluation of the Quality of Impact Assessment in the European Union with Lessons for the US and the EU*, 2 REGULATION & GOVERNANCE 405 (2008).
- 92 OECD 2015, לעיל ה”ש 50, בעמ’ 96.

מחקרי רגולציה ט כרוניקה של תוצאה ידועה מראש – תהליכי הערכת השפעות רגולציה סימבוליים

ואכן, נראה כי נושא הבקרה ובחינת איכות תה"ר הוא המרכיב הפחות מיושם:

Compared to the other composite indicators, OECD members have made more of an effort to improve their oversight and quality control of RIA. Despite this improvement, it still remains the least applied element overall (OECD, 2015, p. 59).⁹³

ד. ממצאים אמפיריים לגבי תה"ר והשפעותיו

1. ממצאים אמפיריים לגבי איכות תה"ר

במטא-מחקר שבחן מחקרים המתייחסים לאיכות תה"ר,⁹⁴ בחינת איכות התה"ר בהתאם לפרמטרים שקבעו החוקרים העלתה סימני שאלה משמעותיים: כך – לגבי קיום האספקטים הפורמליים של תה"ר – נמצא כי לעיתים קרובות הם אינם מתקיימים; לגבי שיתוף ציבור – נקבע כי לעיתים קרובות הם כוללים רק חלקים מסוימים באוכלוסייה;⁹⁵ גם הממצאים בנוגע לבסיס ראיית-עובדתי נמצאו על ידם כ"פקטור מטריד". ממצאי המטא-מחקר האמור סוכמו כך:

It was found that the RIAs carried out in the last 40 years have shown weaknesses and inconsistencies in all their dimensions, from the formal aspects to the utility for decision making, including the social participation and the use of evidence. These inconsistencies can compromise the use of the RIA and lead to ineffective policies for addressing public problems.⁹⁶

Dunlop & Radaelli מצאו כי מעבר לשוני הקיים ביישום בין מדינות שונות, קיים שוני באיכות היישום בתוך מדינות, בין סקטורים שונים ובין רמות שונות של הממשל.⁹⁷ מבקר המדינה בכריטניה מצא כי נמצאה שונות רבה בין תה"ר אף באותו משרד ממשלתי, וכן כי תה"ר לא היו אפקטיביים אם היה מדובר במדיניות בנושא בעל רגישות פוליטית וכן בנושאים שבהם הצגת הרגולציה הייתה צריכה להתבצע תוך זמן קצר.⁹⁸

- OECD, OECD REGULATORY POLICY OUTLOOK 2018 (2018) <https://tinyurl.com/3rs6s3r3> 93
(להלן: OECD 2018).
- Flavio Saab & Suylan de Almeida Midlej e Silva, *Evaluating the Quality of Regulatory Impact Analysis: A Literature Review*, 72 REVISTA DO SERVIÇO PÚBLICO 34 (2021) 94
- כך, במחקרם של Turnpenny et al., לעיל ה"ש 16, נמצא כי ההתייעצות מוגבלת לעיתים קרובות ל"חשודים הרגילים", בעלי המשאבים ואשר השתתפו בתהליך גם ללא קיום תה"ר. 95
- Saab & Almida, לעיל ה"ש 94 בעמ' 52. 96
- Dunlop & Radaelli, לעיל ה"ש 66. 97
- National Audit Office, <https://tinyurl.com/2r4hkdf3> (להלן: NAO 2006). 98

מיסוד תה"ר כחלק אינטגרלי מתהליכי הרגולציה – האומנם? – יישום מלא של תה"ר
 יתבטא במיסודו של התהליך כההליך אשר מבוצע על בסיס קבוע, גם אם יש שינויים שלטוניים.⁹⁹ עם זאת, ברור כי תהליכים מסוג זה, של הטמעה ומיסוד, עשויים לקחת עשרות שנים.¹⁰⁰ מחקר שבמסגרתו נעשתה בחינת עומק של דו"חות תה"ר בבריטניה העלה כי RIA "has been poorly integrated into the policy process"¹⁰¹ זאת באופן עקבי עם ממצאי מבקר המדינה בבריטניה. כך, בין היתר, מצא מבקר המדינה בבריטניה כי נמצא כי בעלי תפקיד ובירוקרטים ראו לעיתים קרובות בתה"ר משימה בירוקרטית, ולא חלק אינטגרלי מתהליך קביעת המדיניות.¹⁰² למעשה, נמצא כי בפועל, מעט מדינות יכולות להראות הצלחה במיסוד עקרונות תה"ר לפעילות האדמיניסטרטיבית היום יומית.¹⁰³

2. ממצאים אמפיריים לגבי השפעת תה"ר על הרגולציה

Radaelli רואה בשאלת ההשפעה על הרגולציה מרכיב משמעותי בבחינת איכות תה"ר.¹⁰⁴ במחקרים בנושא נמצא, כי ברובן של המדינות שבהן תהליכים אלה עוגנו כהליכים מחייבים, תה"ר לא נעשו בפועל ברמה הגבוהה מספיק כדי להצדיק החלטות מדיניות.¹⁰⁵ ממצאם של Russel & Turnpenny כי לא נמצאה השפעה משמעותית לתה"ר על קבלת ההחלטות¹⁰⁶ הוא עקבי עם ממצאי מבקר המדינה הבריטי כי "RIA process was often ineffective if started late, the policy area was politically sensitive, or regulations needed to be introduced quickly".¹⁰⁷ ממצא נוסף של Russel & Turnpenny הוא כי מודל ליניארי של תהליכי מדיניות, המקובל במסגור הטכני-רציונלי של קביעת מדיניות, ובתה"ר בכלל זה, אינו משקף את המציאות של תהליך קביעת המדיניות, שהוא: "a nonlinear, recursive, and iterative"¹⁰⁸... ומעוצב, תוך כדי תנועה, על ידי השחקנים בו – הפוליטיקאים, הבירוקרטים ובעלי העניין בעלי העוצמה. באשר לתה"ר בבריטניה מציינים Russel & Turnpenny: "our findings call into question the UK's reputation as an international leader in terms of using instruments such as policy appraisal to

Claudio M. Radaelli & Fabrizio De Francesco, Indicators of regulatory quality, FINAL REPORT (2004).	99
Turnpenny et al. לעיל ה"ש 16.	100
Russel & Turnpenny, לעיל ה"ש 89.	101
NAO 2006, לעיל ה"ש 98.	102
Lorenzo Allio, <i>Implementing in the Classroom: Teaching Regulatory Impact Assessment</i> , in HANDBOOK OF REGULATORY IMPACT ASSESSMENT 436 (Claire A. Dunlop & Claudio M. Radaelli eds., 2017).	103
Claudio Radaelli, <i>Measuring Policy Learning: Regulatory Impact Assessment in Europe</i> , 16 JOURNAL OF EUROPEAN PUBLIC POLICY 1145 (2009).	104
Jacobs, לעיל ה"ש 7.	105
Russel & Turnpenny, לעיל ה"ש 89.	106
NAO 2006, לעיל ה"ש 98, בעמ' 3.	107
Russel & Turnpenny, לעיל ה"ש 89, בעמ' 351.	108

מחקרי רגולציה ט כרוניקה של תוצאה ידועה מראש – תהליכי הערכת השפעות רגולציה סימבוליים

better implement sustainable development ... (RIA) does not appear to have really challenged existing political processes and structures".¹⁰⁹

במחקר בארצות הברית, לעומת זאת, נמצא כי בכחמישית מהמקרים שנבדקו, נטען להשפעה של תה"ר על היבטים מרכזיים בהחלטות הרגולציה. בנוסף, נמצא קשר חיובי בין איכות תה"ר לנכונות מקבלי ההחלטות לעשות בו שימוש.¹¹⁰
Baldwin מצא כי (ההדגשות לא במקור):

The expectations are that the RIA process will encourage better, more rational, regulation... If better regulation is to succeed as a policy initiative, it has to possess the capacity to impact on the policy and legislative processes. The difficulty here is that there is some evidence, to date, that the main tool of regulatory improvement, the RIA, has not proved to have influenced those processes in the way the proponents of better regulation might have anticipated.¹¹¹

לכן, לדעתו, בשיפור איכות ביצוע תה"ר כשלעצמו לא יהיה די כדי שתה"ר ישפיעו על התוצר הרגולטורי, זאת, לאור היות תהליך קביעת הרגולציה פוליטי: ממשלות מחויבות לצעדים ואסטרטגיות רגולטוריות מסיבות שונות – אידאולוגיות, התחייבויות פוליטיות, הסדרים פוליטיים שנעשים ממגוון אינטרסים, מו"מ פוליטי, פשרות וכולי, כאשר לעיתים יש רק אפשרות אחת בעלת ישימות פוליטית. פוליטיקאים לא ייטו לקבל עמדות בדו"חות תה"ר שישדרו מסרים אחרים. לכן, מסקנתו היא כי יש להתחשב במגבלות אשר במסגרתן ניתן לשלב את תה"ר בתהליך קביעת המדיניות באופן שיאפשר השפעה על התוצר הרגולטורי. תפיסה זו היא בהלימה עם תפיסתו של Wegrich, הסבור כי עמידה בכללים פרוצדורליים כשלעצמה אינה בעלת השפעה של ממש על תהליך הרגולציה ותוכנה.¹¹²

3. ממצאים אמפיריים לגבי השפעת תה"ר על פרמטרים כלכליים

Somewhat ironically, it is methodologically difficult to assess the costs and benefits of RIA system¹¹³...

כאמור, במסמכי ה-OECD מ-1995 ומ-1997 צוינה חשיבותה של רגולציה איכותית כגורם משמעותי לשיפור הפרמטרים הכלכליים. כך, הודגשו שיפור הסביבה העסקית, צמיחה כלכלית, שימוש יעיל במשאבים, מניעת פגיעה בתחרות, עליית הפרודוקטיביות, הורדת

109 ש.ס.

Jerry Ellig & Patrick A. McLaughlin, *The Quality and Use of Regulatory Analysis in 2008*, 110 RISK ANALYSIS 855 (2011).

111 Baldwin, לעיל ה"ש 8, בעמ' 268.

112 Wegrich, לעיל ה"ש 11.

113 OECD, *Regulatory Impact Analysis: A tool for Policy Coherence*, OECD Reviews of Regulatory Reforms 118 (2009), <https://tinyurl.com/smw73rx3> (להלן: OECD 2009).

המחירים, מניעת מחסור, העלאת אפשרות בחירת הצרכנים, יצירת מקומות עבודה והעלאת התל"ג. כמו כן צוין האלמנט החלוקתי.¹¹⁴ במסמך מ-1997 אף הוצגו דוגמאות רבות ומגוונות הבאות לבסס את הטענה כי הניסיון מלמד על היתרונות הכלכליים המושגים מביצוע רפורמה רגולטורית. גם בבריטניה, בעת הצגתו של התה"ר, מסרו גורמי הממשלה כי יישום התוכנית אמור להוביל לחיסכון של 100 מיליון ליש"ט, מבלי שהוצגו ראיות לאישוש הערכה זו.¹¹⁵ עם זאת, למרות התפשטות תה"ר החל מאמצע שנות ה-90, הממצאים האמפיריים בנוגע לקשר בין ביצוע רפורמה רגולטורית ותהליכי הערכת השפעות רגולציה למדדים כלכליים כמו צמיחה הם דלים ביותר ויובאו להלן: מחקר אחד מצא קשר בין איכות הרגולציה (בהתבסס על נתוני הבנק העולמי) לבין ביצועים כלכליים.¹¹⁶ במסגרת נייר עבודה מטעם ה-OECD נבדק גם באופן ספציפי הקשר בין ביצוע תה"ר למדדים כלכליים. הבדיקה התבצעה בהתבסס על 5 מחקרים שנמצא כי נעשו בנושא: 3 בארצות הברית, 1 באוסטרליה ו-1 בווייטנאם. המסקנה הייתה כי "Overall, the studies show that the adoption of RIA has had a positive effect on economic welfare, particularly where the internal RIA process is subject to external scrutiny".¹¹⁷ ביקורת על נייר עבודה זה היא כי המחקרים באוסטרליה ובווייטנאם הם תוצרי בחינה ממשלתית פנימית, שלא עברו ביקורת עמיתים.¹¹⁸ מובן כי ביסוס קשר בין רגולציה חכמה או בין ביצוע תהליכי הערכת השפעות רגולציה למדדים כלכליים מאתגר מבחינה מתודולוגית: בשלב ראשון קשה לבסס קשר סיבתי פשוט וברור בין ה"רגולציה החכמה" כמטא-רגולציה, או כלים ספציפיים בה כמו התה"ר, לרגולציה עצמה. בשלב השני, קשה לבסס קשר סיבתי בין הרגולציה שהתקבלה, כולל מרכיב אכיפתה, לשינוי כלכלי, כמו עלייה בתל"ג,¹¹⁹ ולכן (ההדגשה לא במקור) –

One of the difficulties in responding to critics of the incorporation of RIA in government policy models stems from problems with measuring its effectiveness in improving policy outcomes. Somewhat ironically, it is methodologically difficult to assess the costs and benefits of RIA system.¹²⁰...

114 OECD 1995, לעיל ה"ש 32; OECD 1997, לעיל ה"ש 34.

115 Renda, לעיל ה"ש 17.

116 Hossein Jalilian, Colin Kirkpatrick & David Parker, The Impact of Regulation on Economic Growth in Developing Countries: A cross-country Analysis, 35 WORLD DEVELOPMENT 87 (2007)

117 David Parker & Colin Kirkpatrick, Measuring Regulatory Performance: The Economic Impact of Regulatory Policy: A literature Review of Quantitative Evidence, OECD Expert Paper No. 3 (2012)

118 Dunlop & Radaelli, לעיל ה"ש 66.

119 Radaelli, לעיל ה"ש 37.

120 OECD 2009, לעיל ה"ש 113, בעמ' 18.

Renda סיכם את המגמה של ירידת הדגש על השיפור במדדים הכלכליים כך (ההדגשה לא במקור):

The concept of “efficiency” is currently being reconsidered in economics and public policy, especially after the financial and economic crisis, but also due to the contribution of a number of academics. In particular, the economic relevance of income inequality, the need to expand the goal of public policy to capture “well-being” measures and methodological problems with cost-benefit analysis suggest a thorough revisiting of the efficiency concept, and a potential prevalence of the policy coherence motivation in the future practice of RIA (Stiglitz, 1969; pp. 382–397; Stiglitz, 2012; Adler, 2012).¹²¹

ה. תה"ר סימבולי

1. כללי

במחקרים נמצא שקיימים פערים בין האופן שבו תה"ר אמור להתבצע, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בהנחיות, חקיקה וכולי, לבין השימוש היום יומי.¹²² אחד הפערים המשמעותיים מתייחס לשאלת עיתוי ביצוע התה"ר – וזאת למרות שמתחילת הדרך הודגשה חשיבות ביצוע תה"ר בשלבים המוקדמים של תהליך הרגולציה: “Regulators should carry out, early in the regulatory process, an informed comparison of a variety of regulatory and non-regulatory policy instruments”.¹²³ בשלב מוקדם, או כאשר הצעה בנושא הרגולציה מנוסחת. עם זאת, בחלק מהמדינות נושא העיתוי אינו לחלוטין ברור.¹²⁴ מבקר המדינה בבריטניה מצא כי במקרים רבים תה"ר התבצע בשלב מאוחר.¹²⁵ במחקר נוסף בבריטניה צוין כי היה קושי לאתר את עיתוי תחילת תה"ר, וכן צוין כי במסגרת ראיונות העומק שהתבצעו לגבי 7 מהמקרים שנחקרו, ציינו מרואיינים רבים שהתהליך בוצע בשלב מאוחר ונתפס כהצדקה בדיעבד להחלטה שהתקבלה קודם לכן. זאת, על אף שההנחיות לביצוע התהליך בבריטניה קבעו כי על תה"ר להתחיל בשלב מוקדם.¹²⁶ לעניין זה צוין בספרות כי אחת הסיבות המשמעותיות לכישלון של תה"ר הוא ששלב תה"ר מתבצעים

Renda, לעיל ה"ש 3, בעמ' 41. 121

De Francesco, לעיל ה"ש 28. 122

OECD 1995, לעיל ה"ש 32, בעמ' 6. 123

Hertin et al., לעיל ה"ש 14. 124

NAO 2006, לעיל ה"ש 98. 125

Russel & Turnpenny, לעיל ה"ש 89. 126

בשלב מאוחר בתהליך. במקרה הקיצוני, דו"ח תה"ר ייכתב לאחר שהרגולציה כבר נכתבה, ולעיתים – אף לאחר שאושרה.¹²⁷ בנוסף, נמצא כי במקרים רבים תה"ר אומצו ללא מחויבות מוסדית אמיתית.¹²⁸ גם בדו"חות ה-OECD בא לידי ביטוי הפער בין עקרונות התה"ר ליישומם:

Most OECD countries have adopted RIA. However, there is a significant gap between requiring RIA, as established in a legal or official document, and the actual practice of RIA... In addition, a lower number of countries conduct RIA in practice, compared to those who have some type of legal or binding duty to do it. This gap is more pronounced in the case of subordinate regulation.¹²⁹

את הפער ניתן להסביר בכך שביצוע תה"ר דורש משאבים ומומחיות ולעיתים הוא גם נתקל בהתנגדות פוליטית או בירוקרטיה.¹³⁰ הסבר אפשרי נוסף הוא כי הבירוקרטים רואים בתה"ר תהליך שממילא לא ישפיע על התוצאה, ולפיכך תהליך שאין מקום להשקיע בו משאבים. כך, Wegrich מסביר את הממצא שלפיו לתהליכי הערכת השפעות רגולציה אין השפעה של ממש על תוכן הרגולציה בכך שבירוקרטים צופים לאילו פתרונות תהיה תמיכה פוליטית, במקום לנסות לאתר את הפתרון הרציונלי "הטהור", ולצורך כך הבירוקרטים אף "cope with the procedural requirements by engaging in practices of 'formal' or even 'creative compliance' i.e. carrying out individual assessments that are part of the overall IA requirements superficially ('box-ticking exercise')".¹³¹ כלומר, הבירוקרטים צופים את התהליך בעל ההיתכנות הפוליטית ולעיתים בוחרים להציג אותו כחלופה המועדפת. יתרה מזו: מרואיינים במסגרת מחקרם של Russel & Turnpenny ציינו כי קיימת "סכנה" שדו"חות תה"ר יחשפו פגמים בהצעות חוק ממשלתיות שאותן שרים מבקשים לקדם. מעבר למבוכה שתיגרם לשר או לממשלה, הדבר עלול לגרום נזק לכותב הדו"ח. אחד המרואיינים במחקר ציין לעניין זה כי ברור ששרים לא יוקירו תודה למי שלא סייע לתמוך ברגולציה שאותה הם מבקשים לקדם. לפיכך מציינים החוקרים:

Given this wider political context, it is, therefore, unsurprising that there was little evidence of RIAs shaping final policy, with some being employed symbolically... for example, through the manipulation of numbers and/or

- Jacobs, לעיל ה"ש 7. 127
 Peter Carroll, *Does Regulatory Impact Assessment Lead to Better Policy?*, 29 POLICY AND SOCIETY 113 (2010) 128
 OECD 2015, לעיל ה"ש 50, בעמ' 105. 129
 Christiane Arndt & Gregory Bounds, *Designing Performance Frameworks: The Case of the OECD*, in HANDBOOK OF REGULATORY IMPACT ASSESSMENT 412 (Claire A. Dunlop & Claudio M. Radaelli eds., 2017) 130
 Wegrich, לעיל ה"ש 11, בעמ' 406. 131

options considered to deliver the desired ministerial line, and thus ultimately support a predetermined decision. These political aspects of political decision making are often maligned, particularly by those who create 'evidence' for policy makers and who go to considerable efforts to communicate the findings in an accessible way. But politics is, by definition, a fundamental part of policy making.¹³²

Baldwin מציין כי שרים נוטים להעדיף פתרונות חקיקתיים, ואם התחייבו להעביר רגולציה לצורך מתן פתרון, הם לא יגיבו בחיוב לדו"ח תה"ר בו מוצע פתרון לא רגולטורי. ולכן, בלשון ציורית: "To compare this proposal with an array of alternatives via the RIA procedure may be to compare a live horse with a number of dead no-runners".¹³³

תוצאה אפשרית היא כתיבת דו"ח תה"ר סימבולי: תהליך סימבולי הוא תהליך טקסי שאין מאחוריו השלכה משמעותית ומטרתו – הגברת הלגיטימציה ותו לא.¹³⁴ ביצוע תה"ר לאחר שהמסקנה בנוגע לתוכן הרגולציה נקבעה מראש ואינה מושפעת מהתהליך עצמו הוא תהליך סימבולי, ולפיכך בחרתי לכנותו "תה"ר סימבולי", ואת דו"ח התה"ר שנכתב בעקבותיו, דו"ח תה"ר סימבולי. יצוין כי דו"ח תה"ר סימבולי עשוי להיראות, על פניו, כמתעד תהליך הערכת השפעות רגולציה מהותי. זאת, לאור העובדה שתהליך כזה עשוי לכלול, על פני הדברים, את כל השלבים הנדרשים, דהיינו – תהליך בחינה, איסוף נתונים, העלאת חלופות והערכת עלויות ותועלות. כך, מציינת Dunlop כי: "Multiple case studies also show it is (=RIA) used as a fig leaf for political and symbolic processes".¹³⁵ "the end of the story has already been written", ניתן למצוא, למשל, בתהליכים הנוגעים לאימוץ דירקטיבה של האיחוד האירופי.¹³⁶ הבדיקות שערך מבקר המדינה הבריטי בנושא "...concerns over the quality of RIAs in the UK, suggesting that many were ex post justifications of predetermined decisions rather than ex ante appraisals to drive policy development in a more informed and integrated manner"¹³⁷...

המוטיבציה לאימוץ תה"ר במדינה ויישום סימבולי – ייתכן כי אימוץ תהליך הערכת השפעות רגולציה על ידי המדינה נעשה מסיבות אחרות מלבד הרצון לשפר את תהליך הרגולציה. בכלל זה ניתן למנות סיבות כמו עמידה בתנאים הפורמליים של גופים בין-לאומיים

Russel & Turnpenny, לעיל ה"ש 89, בעמ' 350.

Baldwin, לעיל ה"ש 8, בעמ' 271.

Fabrizio Gilardi, *The Institutional Foundations of Regulatory Capitalism: The Diffusion of Independent Regulatory Agencies in Western Europe*, 598 THE ANNALS OF THE AMERICAN ACADEMY OF POLITICAL AND SOCIAL SCIENCE 84 (2005)

Claire Dunlop, *Commentary on MacRae: Regulatory Impact Assessment: A Panacea to over-regulation?* 14 JOURNAL OF RISK RESEARCH 947 (2011)

Dunlop et al., לעיל ה"ש 46.

Russel & Turnpenny, לעיל ה"ש 89, בעמ' 341.

כמו ה-OECD והגברת הלגיטימיות, הן במישור הבינלאומי והן במישור הפנימי,¹³⁸ עמידה ב"טרנדים", או חיזוק הסטטוס, התדמית המודרנית והאמינות של פוליטיקאי.¹³⁹ ניתן לראות "ספקטרום" של אימוץ סימבולי, במידה כזאת או אחרת, של תה"ר. ככל שהאימוץ הוא סימבולי יותר, כך בשלב היישום, ההיקף של כתיבת דו"חות תה"ר סימבוליים צפוי להיות גבוה יותר. מאפיינים שעשויים להצביע על אימוץ סימבולי של התהליך במדינה מסוימת הם: היעדר תבנית אחידה לתה"ר, יישום חסר של מדריכי תה"ר, יחידת בקרה מרכזית חלשה, היעדר מידע לגבי נתוני ביצוע תה"ר, היעדר פרסום עקבי של דו"חות אלה¹⁴⁰ והיעדר ביצוע תהליכים להערכת ביצועי תוכניות תה"ר.¹⁴¹ כך, בחינה של תהליכי אימוץ תה"ר העלתה כי בצרפת ובאיטליה אומצו תה"ר באופן סימבולי.¹⁴² במחקר אחד נמצא כי יעילות בירוקרטית לא ניבאה אימוץ תה"ר.¹⁴³ יש הסבורים כי הדבר עשוי להצביע על התופעה של אימוץ סימבולי: למרות היעדר המשאבים הנדרשים לצורך ביצוע תה"ר, התהליך אומץ, מה שעשוי להצביע על כוונה לאמצו "על הנייר", מבלי לבצע יישום משמעותי.¹⁴⁴

יש הרואים בתה"ר שלא שולבו באופן אינטגרלי כחלק מתהליכי הרגולציה, אימוץ סימבולי של התהליך.¹⁴⁵ יש הסבורים כי אימוץ שאינו סימבולי מבטא שינוי בדרך החשיבה של כלל בעלי העניין באשר לתהליכי הרגולציה – כלומר: הרגולטור, האזרחים והחברות.¹⁴⁶

2. התייחסות ה-OECD לתופעת התה"ר הסימבולי

תופעה זו, של תה"ר סימבולי, צוינה בדו"ח האחרון של ה-OECD כתופעה נפוצה וכאתגר מרכזי לשנים הקרובות (ההדגשה הוספה):

RIA is still in many countries carried out late in the regulation-making process, in many cases only used to justify the solution that has already been selected. This goes against the main purpose of RIA – a rigorous process that critically examines alternatives to a given policy problem, providing for inherent trade-offs, and ultimately highlighting the option that will maximize the benefits for society while minimizing costs. The process of impact

- Radaelli, לעיל ה"ש 46. 138
 Covadonga Meseguer, *Policy Learning, Policy Diffusion, and the Making of a New Order*, 139
 598 THE ANNALS OF THE AMERICAN ACADEMY OF POLITICAL AND SOCIAL SCIENCE 67
 (2005).
 Radaelli, לעיל ה"ש 46. 140
 De Francesco, לעיל ה"ש 28. 141
 Radaelli, לעיל ה"ש 71; Renda, לעיל ה"ש 3. 142
 Fabrizio De Francesco, לעיל ה"ש 52. 143
 Dunlop & Radaelli, לעיל ה"ש 66. 144
 Renda, לעיל ה"ש 3. 145
 Radaelli & De Francesco, לעיל ה"ש 99. 146

assessment needs to go hand-in-hand with the process of developing a policy proposal and start at the inception of this process when identifying the problem to be solved and the objectives to be achieved (OECD, 2020). *How to achieve this, how to make RIA a firm part of the daily work of civil servants and policymaker will be one of the main challenges for the upcoming years.*¹⁴⁷

1. אינדיקציות אפשריות להיותו של דו"ח תה"ר דו"ח סימבולי

1. כללי

הדעת נותנת כי ככל שבוצע תהליך תה"ר – גם אם לא הועלה על הכתב במסגרת דו"ח תה"ר בשלב ביצוע התהליך, תהיינה לכך אינדיקציות "בעולם הממשי": קיום דיונים שבהם עלו חלופות (ואשר אמורות לבוא לידי ביטוי בסיכומי ישיבות); ביצוע תהליכי שיתוף ציבור, אשר באים לידי ביטוי בעולם הממשי; ביצוע שיחות עם גורמים בארץ ובחו"ל (אשר אמורים להיות מתועדים). עם זאת, מידע זה בדרך כלל לא יהיה חשוף לגורמים מחוץ למערכת הממשלתית. הגורמים אשר יודעים אם תה"ר ספציפי היה תהליך סימבולי הם אלה אשר נטלו חלק בעריכתו, ולחוקר בדיעבד יש קושי לקבוע זאת. מאליו ברור כי בדו"ח תה"ר לא יצוין כי התהליך שבוצע היה סימבולי. מאחר שבדרך כלל רוב המידע לגבי התהליך נלמד מדו"ח תה"ר, זיהוי היותו של תהליך ספציפי תהליך סימבולי כרוך באתגר משמעותי.

יצוין כי דו"חות תה"ר עשויים לכלול מאפיינים בעייתיים כמו נתונים ללא ביסוס מקורם וללא פירוט המאפשר ניתוח מלא של הבעיה, או הסתמכות על נתונים והנחות שהרלוונטיות שלהם לדו"ח אינה ברורה – אך זאת, בשל ליקויים בתהליך, ולא דווקא בשל היות התהליך והדו"ח בעקבותיו סימבוליים.

לפיכך, תידון כעת השאלה כיצד ניתן יהיה לזהות כי במקרה ספציפי מדובר בדו"ח תה"ר סימבולי. זאת, ראשית תוך התייחסות לשתי תופעות "מובהקות": דו"ח תה"ר "חסר" ודו"ח תה"ר שפורסם בעיתוי מאוחר, ולאחר מכן, תוך התייחסות לאינדיקציות משני סוגים: כאלה העולות מדו"ח התה"ר עצמו וכאלה העולות מנסיבות חיצוניות לדו"ח.

2. התייחסות חסרה לשלבי התה"ר בדו"ח תה"ר כאינדיקציה להיותו דו"ח סימבולי

דו"ח תה"ר שבמסגרתו לא בוצעו כל שלבי התהליך ו/או לא נבחנה כראוי הגדרת הבעיה ו/או הוצבו חלופות רלוונטיות ו/או לא נבחנו התועלות והעלויות וכיוצא בזה עשוי להיות אינדיקציה להיותו דו"ח תה"ר סימבולי. עם זאת, ייתכן, לעומת זאת, שמדובר בתהליך "חסר"

147 OECD 2021, לעיל ה"ש 2, בעמ' 27.

בשל חוסר מקצועיות או חוסר במידע, ולא מאחר שהחלופה המועדפת נקבעה מראש ככזאת.¹⁴⁸

מאידך, דו"ח תה"ר איכותי עשוי להעיד על תהליך שבוצע, על פניו, בהתאם לשלבי התהליך, אך גם במקרה זה – ייתכן גם שדו"ח כזה "מסתיר" מאחוריו תהליך סימבולי – כלומר, שתוצאתו כבר סומנה מראש, והתה"ר עצמו לא סייע בבחירת החלופה שהועדפה. כלומר, היעדרם של חלק משלבי התה"ר בדו"ח, כמו גם קיום שלב, אך התייחסות חסרה וחלקית אליו, עשויים – אך לא חייבים – להוות אינדיקציה מסוימת לתהליך סימבולי.

3. כתיבת דו"ח תה"ר לאחר גיבוש הרגולציה כאינדיקציה להיותו דו"ח סימבולי

עיתוי מאוחר של כתיבת דו"ח תה"ר ביחס לתהליך הרגולציה עשוי להוות אינדיקציה משמעותית לכך שהתהליך בוצע לאחר שהחלטה בנושא כבר התקבלה.

בדו"ח ממשלתי שפורסם בישראל בי-2018 הוערך כי לפחות כ-30% מהדו"חות פורסמו בדיעבד.¹⁴⁹ בדו"ח ממשלתי נוסף מ-2021 צוין כי כרבע מדו"חות התה"ר שפורסמו ב-2020 התפרסמו רק לאחר פנייה של אגף מדיניות רגולציה למשרד הרלוונטי¹⁵⁰ – כלומר, לכל הפחות, פרסום דו"ח תה"ר היה מאוחר לפרסום הרגולציה.

יחד עם זאת, קיימת אפשרות שהתהליך בוצע קודם לכן, אך לא הועלה על הכתב במסגרת של דו"ח תה"ר, ובעקבות פניות, כמו אלה שצוינו לעיל, תהליך התה"ר הועלה על הכתב באופן מסודר במסגרת דו"ח.

כלומר, גם כתיבתו בדיעבד של דו"ח תה"ר עשויה – אך לא חייבת – להיות אינדיקציה מסוימת לתהליך סימבולי.

4. אינדיקציות העולות מדו"ח התה"ר עצמו

להלן יצוינו אינדיקציות העשויות להעיד על כך שדו"ח תה"ר שפורסם הוא סימבולי. עם זאת, חשוב לציין כי גם לרוב האינדיקציות שתפורטנה עשויים להיות הסברים אחרים לבד מהיותו של דו"ח תה"ר סימבולי (כגון: חוסר במשאבים), ומובן כי יש לבחון כל מקרה לגופו.

(א) היעדר חלופה מתבקשת

ככל שלא הובאו כחלופות חלופות אשר הדעת נותנת כי הן חלופות מתבקשות, יש בכך אינדיקציה משמעותית לכך שמדובר בתהליך סימבולי. לטעמי מדובר באינדיקציה מרכזית לכך

148 בחינה של דו"חות תה"ר שפורסמו באתר החקיקה הממשלתי – אתר החקיקה הממשלתי <https://tinyurl.com/mu7xfwdh> מעלה, באופן עקיב, היעדר התייחסות ליעדים מדידים לבחינה בהמשך.

149 אגף למדיניות רגולציה החלטת ממשלה – רגולציה חכמה, יישום המלצות ה-OECD לממשלה מילולי 2018 – RIA על מדיניות הרגולציה בישראל (2018) <https://tinyurl.com/3d4x4s85>.

150 הצוות הבין-משרדי לרגולציה חכמה דו"ח – תכנית לאומית למדיניות רגולציה ככלי לשיקום המשק ביציאה ממשבר הקורונה 27 (2021) <https://tinyurl.com/4a23zmjr>.

מחקרי רגולציה ט כרוניקה של תוצאה ידועה מראש – תהליכי הערכת השפעות רגולציה סימבוליים

שמדובר בדו"ח סימבולי, ועוצמתה של אינדיקציה זו עולה ככל שנעדרת חלופה מתבקשת, ואשר אילו צוינה, היה סיכוי גבוה כי היא תהיה החלופה הנבחרת.

(ב) היעדר גיוון החלופות

ככל שהחלופות המוצעות הן וריאציות על אותו סוג חלופה, עולה הסיכוי כי החלופות שהוצעו אינן תוצאה של חשיבה רחבה, שיש בה כדי לייצר דרכי פתרון מגוונות. כך, העדפתם של שרים לפתרונות חקיקתיים¹⁵¹ עלולה להפחית מהנכונות לבחון פתרונות שאינם רגולטוריים.

(ג) הצגת הסקירה המשווה באופן שעל פניו נראה מוטה לטובת החלופה שנבחרה

בגדר אינדיקציה זו ניתן לכלול מקרה שבו מודגש קיומה של חלופה מסוימת במדינה ספציפית אשר אינה מוכרת כמדינה מובילה בתחום, או מודגש קיומם של כללים בין-לאומיים – אשר בפועל אינם מיושמים באף מדינה.¹⁵²

(ד) הטיה בציונים "לטובת" החלופה שנבחרה

הטיה כזאת עשויה להתקיים כאשר על פניו ניכרת התעלמות מעלויות מתבקשות של החלופה שנבחרה, או שלגבי חלופות שלא נבחרו יש התייחסות מרחיבה לגבי העלויות, ביחס לחלופה שנבחרה. הדברים יפים כמובן גם לעניין הערכת התועלות.

(ה) אינדיקציות הקשורות לתהליך שיתוף ציבור

בגדר כך – פנייה לסקטור ספציפי אשר הוא "מוטה תוצאה" (למשל: דגש על גורמים עסקיים אשר מעוניינים במענה מסוים, תוך דחיקת מקומם של גורמים אשר עשויים להביע את העמדה הנוגדת), בעיקר ללא פנייה מקבילה לגורמים אשר עשויים להציג פן אחר של התייחסות לנושא. אינדיקציה נוספת עשויה להיות אופן ההתייחסות להערות שעלו במסגרת שיתוף הציבור ביחס לעמדות הסותרות את התוצאה שהתקבלה – העשוי להעיד על היעדר רצון או יכולת להתמודד עם מידע או התייחסות אחרת בנוגע לבחירת החלופה הרצויה.

(ו) היעדר קיום שיח משמעותי עם גורמי ממשלה בארץ ובחו"ל

היעדר שיח כאמור עשוי להצביע על כך שבתהליך אין רצון לקבל מידע או נתונים אשר "יפריעו" להגעה לתוצאה הרצויה.

151 Baldwin, לעיל ה"ש 8, בעמ' 271.

152 חוק עקרונות האסדרה, התשפ"ב–2021 מתמודד באופן חזיתי עם קושי זה בעקרונות המנחים להגדרת אסדרה מיטבית, בין היתר כי "האסדרה נקבעת ככלל על בסיס כללים ואמות מידה מקצועיים שגובשו בארגונים בין-לאומיים, המיושמים במדינות מפותחות עם שווקים משמעותיים, או כללים ואמות מידה מקצועיים החלים במספר ניכר של מדינות כאמור... אלא אם כן מתקיימות נסיבות המצדיקות אחרת" (ס' 2(4)).

5. אינדיקציות חיצוניות לדו"ח התה"ר

אינדיקציות אפשריות העולות מחוץ לדו"ח תה"ר להיותו של דו"ח התה"ר סימבולי עשויות להיות:

(א) קיצור הזמן לתגובות הציבור, ללא הצדקה ברורה

בישראל קובעת הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 2.3005¹⁵³ כי ככלל, המועד האחרון למשלוח הערות לתזכיר יהיה 21 ימים מיום פרסומו, אם כי "לא מדובר בפרק זמן קשיח. על פרק הזמן להיקבע בהתאם להיקפו, מורכבותו וחיובותו הציבורית של התזכיר" כאשר "אפשר שאילו צי זמן ממשיים ואילו צי מסוג אחר שמקורם בצורכי מדיניות דוחקים יצדיקו את קיצור פרק הזמן האמור", אם כי מצוין שיש לנסות להימנע מכך. בג"ץ קבע כי סטייה מהותית מנוהל תקין לעניין פרסום התזכיר להערות הציבור עשויה אף להצדיק התערבות שיפוטית במסגרת הוראות המשפט המנהלי.¹⁵⁴

קיצור זמן לקבלת תגובות הציבור עשוי להיות אינדיקציה לכיצוע התהליך באופן סימבולי, מאחר שהוא עשוי להעיד על היעדר רצון של ממש לשמוע עמדות מגוונות מהציבור.

(ב) ביצוע תהליך הרגולציה "הגלוי" (בפרלמנט) בבהילות מעלה גם כן את הסבירות כי גם השלב הקודם של תהליך הרגולציה – התה"ר – בוצע בבהילות ותוך לחץ להגיע לתוצאה

דיון בנושא בדחיפות בפרלמנט הוא מהלך גלוי לציבור, לאור פומביותו, זאת, בניגוד לדיונים המתקיימים במשרד הממשלתי, אשר לרוב אינם גלויים לכלל הציבור. דיון בנושא בדחיפות בפרלמנט עשוי להוות אינדיקציה לכך שהדיונים במשרד הממשלתי בשלב הקודם לדיון הפומבי התקיימו אף הם בדחיפות. כמובן כי ככל שיש הסבר אחר לקיומו בדחיפות של הדיון בפרלמנט, אינדיקציה זו היא חלשה יותר.

(ג) השימוש התקשורתי והפוליטי שנעשה בהחלטה הרגולטורית

שימוש בתוצר הרגולטורי לצורך קידום הפוליטיקאי העומד מאחוריו אותו הוא חלק אינטגרלי מהחיים הפוליטיים. עם זאת, כאשר שימוש כזה בא בצירוף לאינדיקציות נוספות – כגון היעדר עניין מיוחד של הפוליטיקאי הרלוונטי בנושא קודם לכן, ובייחוד בזמנים רגישים פוליטית (כגון תקופת בחירות), שימוש תקשורתי אינטנסיבי בהחלטה הרגולטורית עשוי להוות אינדיקציה לתה"ר סימבולי.

153 הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 2.3005 "טיפול בהצעות חוק ממשלתיות" (5.3.2018).

154 בג"ץ 1658/10 אדם טבע ודין נ' ממשלת ישראל (אר"ש 12.3.2010).

(ד) שינוי עמדות של גורמי המקצוע ללא שעל פניו יש לכך הצדקה

שינוי עמדות הגופים המקצועיים ללא שעל פניו יש הצדקה לשינוי זה, עשוי להוות אינדיקציה לכך שהחלטה שהוצגה כהחלטה על בסיס מקצועי התקבלה ככזאת מסיבות שאינן מקצועיות, כלומר כי החלופה המועדפת נקבעה מראש, ולפיכך כי מדובר בתה"ר סימבולי. חיזוק לכך עשוי להיות כאשר שינוי עמדות כזה בא על רקע שינויים בזהות השר הממונה על המשרד הממשלתי, שאז מתחזקת הסברה כי המלצת גורמי המקצוע הייתה תולדה של עמדה של הגורם הממונה, ולא עמדה מקצועית עצמאית.

ז. הסברים מוצעים לביצוע תה"ר סימבולי

1. הסבר ראשון: חולשת התאוריה הרציונלית כהסבר לתהליכי מדיניות

הגישה הרציונלית, המהווה את הבסיס התאורטי לתה"ר, מניחה כי ההחלטות בעולם הפוליטי יתקבלו על בסיס תהליך רציונלי, בעוד לאמיתו של דבר, קיימים שיקולים מורכבים יותר.¹⁵⁵ מדובר בתפיסה שהיא נורמטיבית, ולא פוזיטיביסטית, וקשה לראות בה תיאור נאמן של תהליכי קביעת מדיניות ציבורית "בעולם האמיתי".

ואכן, על הגישה הרציונלית, שהייתה דומיננטית משנות ה-50 של המאה הקודמת, נמתחה ביקורת בכמה מישורים: Lindblom הצביע על כך שעל אף העובדה שרוב הספרות בת זמנו שנגעה לתהליכי קביעת מדיניות הדגישה את התפיסה הרציונלית, גישה זו אינה מתארת את עולם החלטות המדיניות בפועל. זאת, בעיקר בשל היעדר קיומם של שני התנאים הבסיסיים ליישומה:

האחד – היעדר הסכמה חברתית רחבה לגבי המטרות שאותן יש להשיג: ההנחה שיש תשובה אחת ברורה, נכונה, "אובייקטיבית" ו"רציונלית" לשאלה מה מביא למיצוי הרווח החברתי אינה נכונה. יישום תפיסתו של Lindblom בהתייחס לתה"ר מעלה כי התפיסה שמטרת התהליכי התה"ר היא מציאת אותה תשובה נכונה אינה משקפת את המציאות, בהיעדר תשובה "נכונה", זאת בכמה מישורים: א. מה השיקולים שיש לשקול לצורך הגעה לתשובה "הנכונה": שיקולים כלכליים? חברתיים? קיימות? צדק חלוקתי? וכיוצא בזה. ב. מהו "המשקל הנכון" לכל אחד מהשיקולים. כך, בשיטת המשקלות המוזכרת כשיטה אפשרית במדריך הממשלתי בנושא¹⁵⁶ ניתן לראות ניסיון לקבוע "תשובה נכונה" על ידי קביעת המשקל "הנכון" לשיקולים בהחלטה. למעשה, ניתן לראות בכך את הכנסתן "בדלת האחורית" של קביעות ערכיות במסווה של קביעה מקצועית. ברי כי המשקל לכל אחד מהשיקולים ייקבע לפי נקודת ראות עורך הדו"ח: המשקלות מהווים למעשה את התרגום המספרי לקביעה הערכית בנוגע למשקל שאותו

Beryl Radin, *Science and Policy analysis in the U.S. Office of Information and Regulatory Affairs*, 50 ADMINISTRATION & SOCIETY 161 (2015)

156 משרד ראש הממשלה אגף ממשל וחברה **מדריך ממשלתי הערכות השפעות רגולציה מדריך RIA** **סיטואציה לעבודה לשנת 2015** 63 (2015) <https://tinyurl.com/rbkmvx4k>

יש לתת לכל אחד מהשיקולים. בהקשר זה עולה שאלה לגבי מקומו של הגורם המקצועי, להבדיל מהגורם הפוליטי, בקביעתם.

השני – היעדר מידע ויכולות ניתוח בהיקף ובעומק המתמטי הנדרש – גם בהתייחס לתה"ר ברי כי לאמיתו של דבר, בפועל, חלק גדול מהנתונים לגבי ההווה אינם ידועים, וקל וחומר – ההערכות לגבי העתיד בהגדרה מתייחסות לעובדות שאינן ידועות.

מסקנתו של Lindblom הייתה כי הגישה הרציונלית יכולה, לכל היותר, לתאר תהליכי קביעת מדיניות בנוגע להחלטות שאינן מורכבות.¹⁵⁷ למעשה, באופן מעשי – “Almost all cases showed that analysis of potential future impacts is necessarily uncertain, incomplete, simplified and potentially contested”¹⁵⁸ לא ניתן למנות את כל חלופות הפתרון האפשריות; היכולת לכמת את העלויות והתועלות תלויה לעיתים קרובות בערכים ובתפיסות של המעריך; הצורך להביא בחשבון השלכות רבות במישורים שונים; חוסר במידע; קושי בהערכת התועלות ברגולציה; כמו גם הערכות תועלת שונות מצד שחקנים שונים.

Dahl סבר כי קביעת מדיניות היא תהליך מורכב הרבה יותר מהתהליך המתואר באמצעות התפיסה הרציונלית.¹⁵⁹ Simon עידן את התפיסה הרציונלית על ידי מודל ה-“approximate rationality – הגעה להחלטה הנכונה בהתחשב בידע ובאלטרנטיבות שאותן מספיק לבחון לצורך הגעה להחלטה “טובה מספיק”.¹⁶⁰ למעשה, בעולם האמיתי “נכון לומר שהחלטות מדיניות מתקבלות גם על בסיס ענייני... שר, המופקד על משרד ממשלתי, חייב לקבוע מדיניות תוך התחשבות בהשפעות שתיצור החלטתו על מעמדו בתוך הממשלה, בבית הנבחרים, במפלגתו ובציבור”.¹⁶¹ כלומר, ניתן לראות בתה"ר, לכל היותר, כלי שמעלה את הרציונליות בקבלת החלטות (להבדיל מכלי המוביל ל“רציונליות מלאה”). כך, ככל שהיבטים אלה של התהליך מפותחים יותר, המדיניות נעשית “רציונלית יותר”.¹⁶²

Wegrich מוסיף בהתייחס לתה"ר שני ממדים נוספים: ראשית – מגבלות עיבוד המידע אינן מאפשרות להשוות בין קומבינציות מדיניות שונות ומורכבות, ובמקום זאת, ההעדפות מבוצעות על בסיס קבלת חלופות ספציפיות ודחיתן. שנית – בעולם הממשי, של ריבוי שחקנים, יש צורך להגיע לפשרות, ומשכך עשויה להיות התנגשות חזיתית בין הרצון להגיע לרגולציה טובה לבין האופן שבו מתנהל המשחק הפוליטי.¹⁶³ לדוגמה, מרכיב מרכזי בהתנהלות הפוליטית הוא מחויבויות פוליטיות הדדיות.¹⁶⁴

- Charles Lindblom, *The Science of “Muddling Through”*, 19 PUBLIC ADMINISTRATION REV. 157 (1959) 79.
- Hertin et al., לעיל ה"ש 14, בעמ' 418. 158
- ROBERT A. DAHL, WHO GOVERNS? (1961) 159
- Herbert A. Simon, *A Behavioral Model of Rational Choice*, 69 THE QUARTERLY JOURNAL OF ECONOMICS 99 (1955) 160
- גדעון דורון להחליט ולבצע פרקים במדיניות ציבורית 77 (1986). 161
- יחזקאל דרור קביעת מדיניות (1966). 162
- Wegrich, לעיל ה"ש 11. 163
- Radin, לעיל ה"ש 155. 164

לאור הניסיון האמפירי המראה את המגבלות של התאוריה הרציונלית בעולם הממשי, יש הרואים בתאוריה הרציונלית ביטוי של ניצחון התקווה על הניסיון, או של אופטימיות בסיסית הרואה בידע המדעי חלק מובנה מהשיטה הדמוקרטית-ליברלית.¹⁶⁵

הזרות לעולם הפוליטי של תפיסת ניהול הסיכונים בנוגע לסיכון לחיים: תפיסת העלות-תועלת בהקשר לחיי אדם, או תפיסת ניהול הסיכונים, היא מרכיב בסיסי בגישה הרציונלית. יש לבחון האם, אכן, קיימת בשלות לאומית לשיח גלוי בנושא שיקולי עלות-תועלת – בייחוד בכל הנוגע לחיי אדם. כך, למשל, בדו"חות תה"ר שונים שפורסמו, לא מצאתי התייחסות ל"עלות מניעת סיכון לחיים". יצוין כי התייחסות כזאת מופיעה, למשל, בנוהל ממשלתי של משרד התחבורה, בנוגע לעלות השקעה בשיפור כבישים לצורך מניעת מוות.¹⁶⁶ ניתן להסביר את היעדר האמירות הברורות בנושא זה בחשש מהיעדר לגיטימיות ציבורית לאמירות כאלה בנוגע לחיי אדם. המחשה לאי-בשלות לאומית לדיון בהקשר זה בתפיסת ניהול הסיכונים, ולכך שדיון ב"עלות מניעת מוות" אינו טבעי לזירה הפוליטית, ניתן לראות, למשל, בסערה שקמה בעקבות דבריה של שרת הפנים דאז שקד בנוגע לקורונה, כי יש לאזן בין הצורך להיאבק בקורונה לבין נזקים אחרים שנגרמים מצעדים כמו סגר, כי יש "לדעת גם להכיל חולים קשים, גם להכיל מתים. כי זו מגפה, ובמגפה אנשים מתים".¹⁶⁷

2. הסבר שני: תה"ר כמקרה פרטי של "העברת מדיניות"

העברת מדיניות היא תופעה שבמסגרתה – knowledge about policies, administrative arrangements, institutions, and ideas in one political setting (past or present) is used in the development of policies, administrative arrangements, institutions and ideas in another political setting".¹⁶⁸ "העברת מדיניות עשויה להתבצע באופן וולונטרי (למשל, בשל אי-שביעות רצון של המדינה עצמה, שגורמת לה לחפש דרכים לשיפור), או בכפייה. העברת מדיניות בכפייה עשויה להיעשות באמצעות לחץ חיצוני, שעשוי להיות ישיר או עקיף.¹⁶⁹ תופעת החיקוי – "emulation" – הוגדרה כהעתקה חלקית של מדיניות ממקום אחד לשני,¹⁷⁰ במסגרתה מדינה אחת מחקה מדינה אחרת הנחשבת לטובה ממנה, כאשר המוטיבציה לכך היא "the search for credibility, status, or simple conformity with international trends"¹⁷¹...

165 Radaelli & De Francesco, לעיל ה"ש 4.

166 נוהל פר"ת 2012 הנחיות לבדיקת כראיות פרויקטים תחבורתיים (2012), <https://tinyurl.com/yeyv72tm> בו נקבע הסכום של 6 מיליון ₪ כסכום מוצדק בהשקעה בשיפור כבישים לצורך מניעת מות אדם בתאונת דרכים.

167 מורן אזולאי ונינה פוקס "איילת שקד: קיבלנו החלטה – לחיות לצד הקורונה, להכיל מתים" **Ynet** (11.8.2021) <https://tinyurl.com/4p25yfkz>

168 David Dolowitz & David Marsh, *Learning From Abroad: The Role of Policy Transfer in Contemporary Policy-Making*, 13 GOVERNANCE 5, 5 (2000).

169 David Dolowitz & David Marsh, *Who Learns What From Whom: A Review of the Policy Transfer Literature*, 44 POLITICAL STUDIES 343 (1996).

170 Dolowitz & Marsh, לעיל ה"ש 168.

171 Meseguer, לעיל ה"ש 139.

...“ideas about best practice are diffused through networks of policy makers, and epistemic communities (which behave according to a certain logic of collective action, a logic that is often invisible to the members of these networks)”¹⁷².

תה"ר הוא מקרה מובהק של העברת מדיניות: התפיסה הראשונית של בחינת עלות-תועלת "יוצאה" מארצות הברית. כפי שפורט לעיל,¹⁷³ מוסד התה"ר התפשט, בעיקר החל מאמצע שנות ה-90, על ידי ארגון ה-OECD כמו גם על ידי האיחוד האירופי והועבר למדינות אחרות כמוסד בעל "universal rationality"¹⁷⁴. העברת המדיניות בנושא של תה"ר עשויה להיות ברמות שונות, ובכללן: אימוץ על דרך של חיקוי (emulation) על ידי מדינה אחת המחקר מדינה אחרת הנחשבת לטובה ממנה, שעשוי להתבצע גם (או בפני עצמו) לצורך הגברת הלגיטימיות הבינלאומית,¹⁷⁵ אימוץ על דרך של כפייה, המופעלת ברמות שונות, למשל – על המצטרפות החדשות ל-OECD, באמצעות מנגנונים כמו בקרות וביצוע הערכות,¹⁷⁶ לצורך קבלת הלוואות מגורמים חיצוניים,¹⁷⁷ ועוד.

עם זאת, יישום תה"ר יהיה שונה בכל מדינה לפי אופייה, שהרי התהליך מושפע מהאקריסיסטם כולו, כולל תגובת המוסדות הקיימים, הארגונים, השווקים והאזרחים. כך, נמצא כי במדינות ה-civil law נקלט התהליך ביתר קלות מאשר במדינות ה-common law; במדינות בעלות משטר נשיאותי – יותר מאשר במדינות בעלות משטר פרלמנטרי; במדינות שבהן האוריינטציה של המנהל הציבורי היא מכוונת תוצאה, יותר מאשר במדינות שבהן האוריינטציה היא מכוונת פעילות. כן קיים יתרון בהטמעה למדינות שבהן יש מסורת של התייעצות עם הציבור.¹⁷⁸ כפי שמדגיש Radaelli, האופי הספציפי של תה"ר בכל מדינה נקבע בהתאם למאפייניה הספציפיים, ככותרת מאמרו – "Diffusion without Convergence"¹⁷⁹. כך, מעבר תה"ר מארצות הברית שינה את ההקשר המוסדי של כלי זה: בארצות הברית השימוש בתה"ר היה על ידי סוכנויות הביצוע, כלומר שימוש על ידי מוסדות מקצועיים, לא על בסיס בחירה, כאשר הקריטריונים הרלוונטיים הם יעילות, והלוגיקה היא טכנית. ההקשר הפוליטי שבו התעצב תה"ר בארצות הברית היה בהקשר של "בעיית הנציג"¹⁸⁰. באירופה, לעומת זאת, ההקשר המוסדי שונה לחלוטין: הרוב המוחלט של השיטות הן פרלמנטריות, ולא נשיאותיות, ולכן, "בעיית הנציג" פחות דומיננטית.¹⁸¹ תה"ר נעשה לרוב על ידי רגולטורים

Jacint Jordana & David Levi-Faur, *The Diffusion of Regulatory Capitalism in Latin America: Sectoral and National Channels in the Making of a New Order*, 598 THE ANNALS OF THE AMERICAN ACADEMY OF POLITICAL AND SOCIAL SCIENCE 102, 118 (2005).

173 פרק ב לעיל.

David Levi-Faur, *The Global Diffusion of Regulatory Capitalism*, 598 THE ANNALS OF THE AMERICAN ACADEMY OF POLITICAL AND SOCIAL SCIENCE 12 (2005).

175 Radaelli, לעיל ה"ש 71.

176 Radaelli, לעיל ה"ש 104.

177 Lianos et al., לעיל ה"ש 49.

178 Renda, לעיל ה"ש 3.

179 Radaelli, לעיל ה"ש 71.

180 Wegrich, לעיל ה"ש 11.

181 Radaelli & De Francesco, לעיל ה"ש 4.

הכפופים לשר, ותה"ר נעשה בהקשר שונה – מתן מענה על ידי פוליטיקאים (המתחלפים לעיתים קרובות יותר), כאשר הממשקים בין הפוליטיקה לאדמיניסטרציה הם תכופים יותר.¹⁸² בהקשר זה, בסיומו של תה"ר, ובטרם העברתו, בצירוף להצעת החקיקה, לפרלמנט, השר חותם על דו"ח תה"ר, כגורם המאשר כי הליכי תה"ר בוצעו כנדרש.¹⁸³ שינוי מוסדי זה גורם לכך שדו"ח תה"ר הופך להיות, במידה רבה, כלי לתקשורת בין הממשלה לפרלמנט ובין הממשלה לאינטרסים למיניהם.¹⁸⁴ הבדל נוסף כתוצאה מהמעבר לאירופה הוא דומיננטיות של ההליכים הפורמליים על היעילות ביחס לארצות הברית.¹⁸⁵ Radaelli מציין כי למרות ההקשר המוסדי השונה, "NO EU government opposed RIA, for example by arguing that ministers should not be constrained by economic calculations when they make law".¹⁸⁶

תה"ר אומץ ויושם בכל מדינה לפי מאפייניה, אשר נקבעו לפי ההקשר הפוליטי-אדמיניסטרטיבי, ולצורך מתן מענה לאתגרים העומדים בפניה.¹⁸⁷ כך, למשל, בארצות הברית, תה"ר מבוצע רק על ידי סוכנויות פדרליות. בדנמרק – נשלחת לפרלמנט מדי אוקטובר תוכנית החקיקה השנתית, ובשלב זה מועברת ההערכה הראשונית.¹⁸⁸ בגרמניה, שוודיה ואיטליה תה"ר נתפס כפתרון אפשרי לבעיה של הצורך בפישוט, בהולנד – לבעיית התחרותיות, בדנמרק ובבלגיה – לשיפור הסביבה העסקית, ברמת האיחוד האירופי – כמענה לאתגר החסר בלגיטימיות של השיטה הרגולטורית.¹⁸⁹ לעיתים, מוצגת מסורת שהייתה קיימת ללא קשר לאימוץ תה"ר: כך, בדנמרק, נכתב מדריך לביצוע תה"ר שהיה העתק מדויק של התהליך המקובל במדינות אנגלוסקסיות, אך מחקר "בשטח" העלה כי בפועל, תהליכים אלה אינם מתבצעים, אך בלי קשר למדריך התה"ר מתבצעים תהליכי התייעצות מהותיים ותיאום בלתי פורמליים בין רשויות, שהיוו מסורת מקובלת בדנמרק זמן רב טרם התפתחות השיח לגבי תה"ר.¹⁹⁰

כאמור,¹⁹¹ OECD, שתרם רבות למיצובו של התה"ר ככלי חדשני ומודרני של מדינות מתקדמות, סייע בהתפשטות כלי זה בקרב מדינות רבות על דרך של "העברת מדיניות".¹⁹²

- Radaelli, לעיל ה"ש 71. 182
 Renda, לעיל ה"ש 17. 183
 Radaelli, לעיל ה"ש 71. 184
 Radaelli & De Francesco, לעיל ה"ש 4. 185
 Radaelli, לעיל ה"ש 71, בעמ' 930. 186
 Radaelli, לעיל ה"ש 46. 187
 Radaelli, לעיל ה"ש 1. 188
 Claudio Radaelli, *The Diffusion of Regulatory Impact Analysis - Best Practice or Lesson-Drawing?* 43 EUROPEAN JOURNAL OF POLITICAL RESEARCH 723 (2004) 189
 Radaelli, לעיל ה"ש 71. 190
 De Francesco, לעיל ה"ש 52. 191
 יצוין כי גם בישראל היה ל-OECD תפקיד מרכזי במיצוב ובאימוץ התהליך. על רקע החשיבות הגדולה של ההצטרפות ל-OECD בסוף העשור הראשון של המאה ה-21, נעשו מאמצים לצורך קידום נושאים אשר יסייעו בהצטרפות או במיצוב ישראל כמדינה מתקדמת בארגון זה. אהוד פראוור, שהיה שותף לתהליכים אלה, מתאר בספרו *למה בגין לא דפק על השולחן* (2020) כי בתקופת המו"מ טרם ההצטרפות ל-OECD סברו בישראל כי הדרישות בנוגע להורדת הנטל

Radaelli & De Francesco מציינים כי אימוץ התהליך כרוך בעלות נמוכה ותועלת גבוהה, זאת לעומת יישומו, הכולל קביעת נהלים, יישומם והטמעתם בקרב היחידות ויצירת הבקורות – הכרוך בעלות פוליטית וכלכלית גבוהה. עם זאת, עלות זאת תשולם רק בטווח הארוך יותר, וסביר ש"אחרי הבחירות הבאות" – דבר שאף בו יש כדי להגביר את התמריץ לאימוץ סימבולי של תהליכים אלה.¹⁹³ De Francesco מצא כי היקף יישום התהליך גבוה יותר בקרב המדינות שאימצו את התהליך מוקדם יותר.¹⁹⁴

התנהלות הדרג הפוליטי בשלב האימוץ: יש תשובות שונות לשאלה מדוע פוליטיקאים מחליטים לקדם אימוץ תהליכי הערכת רגולציה, וביניהן: חיזוק השליטה הפוליטית, העלאת הלגיטימציה או מודרניזציה של המדינה. בנוסף, לעיתים אימוץ זה קורה לא בשל פוטנציאל השיפור במדיניות על בסיס מידע, אלא בשל הפוטנציאל להעלאת הבחירה בהם.¹⁹⁵ Radaelli מציינ את אימוץ תה"ר על ידי הפוליטיקאים לצורך עמידה בדרישות הבינלאומיות, אשר מספקת לגיטימציה גבוהה, כאחד הגורמים להתפשטות התה"ר.¹⁹⁶

ח. סיכום והשלכות עתידיות

מאמר זה התמקד בתופעת התה"ר הסימבולי – כתיבת דו"ח תה"ר לאחר שהחלופה המועדפת נבחרה עוד בטרם ביצוע התהליך. זהו מצב שבו דו"ח התה"ר נכתב כדיעבד לצורך הצדקת החלטה שהתקבלה, ולא כחלק אינטגרלי מתהליך הערכת השפעות רגולציה, המסייע בבחירת החלופה המועדפת לטיפול בבעיה. כתיבת דו"ח תה"ר סימבולי מחטיאה לחלוטין את המטרה שבבסיס תה"ר – תהליך שתכליתו שיפור תהליכי קביעת הרגולציה וזיהוי החלופה המיטבית. בפועל, מהווה תה"ר סימבולי עול בירוקרטי במסגרת תהליכי הרגולציה, בלי תועלת של ממש בצידו.

במסגרת המאמר התופעה הומשגה, נותחה בהיבט התאורטי והובאו לגביה ממצאים בהיבט האמפירי:

כפן התאורטי הוצעו שני הסברים תאורטיים להבנת התופעה: חולשתה של התאוריה הרציונלית כהסבר לתהליכי מדיניות, והיותם של תהליכי הערכת השפעות רגולציה מקרה פרטי של "העברת מדיניות", על אתגריה של תופעה זו.

מהוות הכבדה מיותרת (למשל, בעמ' 40: "דרישה היא דרישה, ומנכ"ל האוצר ירום אריאב צייד את צוות המשא ומתן עם הארגון בנוסח החלטה חלקי מאוד ומתון מאוד"). עולה כי תחילת התהליך הייתה לצורך "יציאה ידי חובה" במסגרת דינוני ההצטרפות ל-OECD, כלומר, מקרה של אימוץ תה"ר שבו מרכיבים דומיננטיים של "חיקוי" – emulation – מדינה המחקה מדינה אחרת הנחשבת טובה ממנה, במינוחם של Dolowitz & Marsh, לעיל ה"ש 168, וזאת לצורך הגברת הלגיטימיות הבינלאומית – Radaelli, לעיל ה"ש 71.

193 Radaelli & De Francesco, לעיל ה"ש 4.

194 De Francesco, לעיל ה"ש 28.

195 Turnpenny et al., לעיל ה"ש 16.

196 Radaelli, לעיל ה"ש 71.

מחקרי רגולציה ט כרוניקה של תוצאה ידועה מראש – תהליכי הערכת השפעות רגולציה סימבוליים

בנוסף, פורטו אינדיקציות אפשריות להיותו של דו"ח תה"ר דו"ח סימבולי – כאלה הנובעות מדו"ח תה"ר והן חיצוניות לו:

בין האינדיקציות העולות מדו"ח תה"ר עצמו ניתן למנות: היעדר גיוון החלופות; היעדר העלאתן של חלופות מתבקשות, לרבות חלופות לא רגולטוריות; הטיות שונות בדו"ח – הן בנוגע לאופן הצגת הסקירה המשווה, הן בנוגע לניקוד החלופות "לטובת" החלופה הנבחרת; אינדיקציות הקשורות לשלב שיתוף הציבור והיעדרה של בחינה עם גורמי ממשלה בארץ ובחור"ל.

בין האינדיקציות החיצוניות לדו"ח תה"ר ניתן למנות: קיצור זמני התגובה לציבור, ביצוע התהליך בבחילות, התנהלות השחקנים – הבירוקרטים, נושאי משרות האמון והפוליטיקאים, השימוש התקשורתי והפוליטי בהחלטה הרגולטורית ועיתוי ביצוע התהליך.

בפן האמפירי נבחן המידע בנוגע להיקף התופעה. האתגר בנושא עולה ממיעוט המידע בתחום זה, אותו ניתן להסביר בכך שבבחינת נתונים "טכניים" כגון היקפי דו"חות תה"ר הנכתבים במדינה או תוכנם של המסמכים המחייבים לא יהיה כדי לתת מענה לשאלה זו. לצורך בדיקת התופעה מתחייבת בדיקה פרטנית ומעמיקה של תהליכי רגולציה ושל תהליכי בחינת השפעות הרגולציה בשיטת ה-"case study". ביצוע בדיקת עומק כזאת בהיקפים משמעותיים קשה לביצוע בפן המעשי. מעבר לכך, לצורך יישומה נדרשת הבנה מעמיקה בהקשר המשפטי, החברתי והמוסדי של המדינה הנבדקת¹⁹⁷. נראה כי זו הסיבה המרכזית בגינה בחינת היקף תופעת תה"ר הסימבולי אינה מהווה חלק מאופן הבחינה בשאלונים בין-לאומיים כדוגמת אלה שעליהם מתבסס ה-OECD.

בחינות שנעשו בנושא בבריטניה לפי שיטת ה-"case study" – הן על ידי גורמי ממשלה והן על ידי האקדמיה, שבמסגרתן בוצעו ראיונות עומק, העלו כי מרואיינים רבים ציינו כי תהליך הערכת השפעות הרגולציה בוצע בשלב מאוחר ונתפס כהצדקה בדיעבד להחלטה שהתקבלה קודם לכן,¹⁹⁸ כלומר – דו"חות תה"ר היו סימבוליים.

גם בישראל צוין בדו"חות ממשלתיים כי כרבע או שליש מדו"חות תה"ר שפורסמו נכתבו בדיעבד¹⁹⁹ – מה שעשוי להוות אינדיקציה משמעותית לתה"ר סימבולי.

ב-2015 התייחס ה-OECD לתופעה וקבע כי נמצא פער בין עקרונות תה"ר כפי שהם באים לידי ביטוי במסמכים המחייבים ליישומם של עקרונות אלה.²⁰⁰ בדו"ח ה-OECD מ-2021 צוינה התופעה של ביצוע תה"ר בשלב מאוחר של תהליך הרגולציה, ובפועל – רק לצורך הצדקת פתרון שנבחר מראש, כאחד האתגרים המרכזיים שאיתם יש להתמודד בשנים הקרובות.²⁰¹ בהקשר הגלובלי, בין ההסברים לביצוע תה"ר סימבולי ניתן לציין את אימוץ תהליך הערכת השפעות הרגולציה לצורך עמידה בתנאים של גופים בין-לאומיים כגון ה-OECD לשם הגברת

197 OECD 2015, לעיל ה"ש 50, בעמ' 96.

198 NAO 2006, לעיל ה"ש 98; Russel & Turnpenny, לעיל ה"ש 89.

199 האגף למדיניות רגולציה, לעיל ה"ש 149; הצוות הבין משרדי לרגולציה חכמה, לעיל ה"ש 150.

200 OECD 2015, לעיל ה"ש 50, בעמ' 105.

201 OECD 2021, לעיל ה"ש 2, בעמ' 27.

הלגיטימיות – במישור הבינלאומי והפנימי, עמידה ב"טרנדים" או חיזוק הסטטוס, התדמית המודרנית והאמינות של פוליטיקאים.²⁰²

היקף נרחב של תופעה זו עשוי להסביר כיצד בחלוף עשרות שנים להטמעת כלי זה במדינות רבות, ביצוע תה"ר לא הביא לתוצאות המקוות, כפי שהוגדרו בסוף המאה הקודמת – שיפור הרווחה החברתית באמצעות שיפור הרגולציה.

תובנה מרכזית היא כי התמקדות בביצוע הליכים טכניים אינה גורם משמעותי לשיפור הרגולציה. דגש על ביצוע הליכים טכניים – ובמקרה זה, כתיבת דו"ח תה"ר, להבדיל מביצוע תהליכים אלה, מביא להכבדה על ביצוע התהליך הרגולטורי, בלי שיש בציודו תועלת מוכחת. היעדר שילוב אינטגרלי של תהליכי הערכת השפעות רגולציה בתהליכי הרגולציה מהווה, למעשה, אימוץ סימבולי של תהליך הערכת השפעות רגולציה:²⁰³ לא מבוצע תהליך, אלא נכתב דו"ח שאין בו כדי לבטא תהליך שקילה ובחירה בין חלופות. אימוץ שאינו סימבולי יתבטא לא בכתיבת דו"ח תה"ר, אלא בשינוי בדרך החשיבה של כלל בעלי העניין באשר לתהליכי הרגולציה.²⁰⁴

במבט צופה פני עתיד –

לניתוח של תופעת התה"ר הסימבולי השלכות הן בפן הגלובלי והן בפן המקומי:

בפן הגלובלי – מתעוררת השאלה לגבי תרומתו של ה-OECD לכך שביצוע תה"ר הפך, בפועל, במקרים רבים, לכלי טכני אשר צורך משאבים, אך ספק אם משיג את מטרתו – זיהוי החלופה המיטבית. בדגש הקיים כיום על הקריטריונים הנבחנים במסגרת שאלוני ה-OECD, כגון הדגש הניתן על קיום מסמכי מתודולוגיה לביצוע תהליכי תה"ר, יש כדי לעודד כתיבת דו"חות סימבוליים. לפיכך, מוצע לבחון עדכון של הקריטריונים הנבחנים על ידי ה-OECD כך שישקפו מענה לשאלה האם דו"חות התה"ר המתפרסמים משקפים קיומו של תהליך מהותי, להבדיל מדו"חות שנכתבו לאחר בחינת החלופה המועדפת בטרם ביצועה. אומנם, מקובל לראות במדדים מספריים מדדים "אובייקטיביים", אך עם זאת, במורכבות של עולם גלובלי, הוכחה כבר חולשתם של מדדים אלה כמדדים להשוואה בין מדינות.²⁰⁵

בפן המקומי – בתחילת 2023 הוקמה בישראל רשות האסדרה. הסכנה העיקרית העומדת בפני רשות האסדרה בפעילותה היא שבמקום להביא לשיפור הרגולציה, היא תהווה גורם העומד על תהליכים טכניים, ובמרכזם – ייצור דו"חות תה"ר סימבוליים. כך, קביעת שיטת ציונים טכנית, בדומה לזו הניתנת כיום ע"י עמותת "רווח נקי", מייצרת מוטיבציה לכתיבת דו"חות תה"ר סימבוליים, אשר כפי שהוסבר במאמר זה, אין בהם תועלת לשיפור הרגולציה.

202 Radaelli, לעיל ה"ש 46; Meseguer, לעיל ה"ש 139.

203 Renda, לעיל ה"ש 3.

204 Radaelli & De Francesco, לעיל ה"ש 99.

205 ראו דייוויד לאודר "הופסק פרסום המדד שבו מככבת ישראל: אי-סדרים במדד קלות עשיית העסקים העולמי" **דה מרקר** (27.8.2020) <https://tinyurl.com/y4rm3yes> ; World Bank Group ; Statement on Doing Business Data Corrections and Finding of Internal Audit (16.12.2020) <https://tinyurl.com/3sz8cm2j>.

מחקרי רגולציה ט כרוניקה של תוצאה ידועה מראש – תהליכי הערכת השפעות רגולציה סימבוליים

בפועל, תפיסה כזאת עלולה לגרום לרגולטורים להפנות משאבים לכתיבת דו"חות תה"ר סימבוליים אשר לא רק שאין בהם תועלת אלא ההיפך הוא הנכון: מעבר לכך שאינם תורמים לשיפור הרגולציה, יש בהם כדי להסיט את השימוש במשאבי הרגולטורים לכתיבתם של מסמכים אשר אין בהם תועלת של ממש, ובכך דווקא, באופן אבסורדי, להפחית את הסיכוי לייצור רגולציה טובה יותר.

כדי להיות גורם מניע בשיפור הרגולציה, על רשות האסדרה להתמקד בשימוש בכלים שנקבעו בחוק עקרונות האסדרה לצורך שיפור התרבות הארגונית של האופן שבו נקבעת הרגולציה. שיפור האסדרה לא יושג על ידי שינוי טכני באמצעות עמידה על כך שהרגולטורים ינפקו מסמכים אשר תועלתם המעשית מוטלת בספק, ואשר לצורך ייצורם מושקעים משאבים משמעותיים, אלא אך ורק באמצעות מהלך עומק של שינוי בתרבות הארגונית של אופן כתיבת רגולציה בישראל.

מניסיוני בן עשרות השנים בשירות הציבורי, הנושאים העיקריים בהם על רשות האסדרה להתרכז כדי לקדם את שינוי התרבות הארגונית של אופן קביעת האסדרה הם אלה: מתן כלים לניהול סיכונים מושכל על ידי הרגולטורים – להבדיל מהמצב הנוכחי בו רגולטור עומד בפני סיכונים משפטיים ואחרים בעת התממשות סיכון, בעוד הטלת עול רגולטורי על ציבור המאוסדרים אינה כרוכה בנזק פוטנציאלי מבחינתו. עידוד סנכרון בין כלל הגורמים הרלוונטיים – הן הממשלתיים והן הלא ממשלתיים, באמצעות תהליכים כמו שיתוף ציבור מהותי, ולא כזה הנעשה "לצאת ידי חובה". חיזוק התפיסה בדבר חשיבות קיומו של "מעגל רגולטורי" שלם – הרואה את קביעת הרגולציה כשלב ראשון, שלאחריו מתחייבת בחינה עיתית כדיעבד האם הרגולציה השיגה את מטרתה.

עידוד התבססות ככל הניתן על עובדות, וכן, בהתאם לעניין – עידוד העלאת חלופות מגוונות, ובחינת השימוש באמצעים לא רגולטורים – כל זאת, לא בצורה "מלאכותית" על דרך של קביעת הנחיות "מלמעלה" אלא על ידי הטמעה של הבנת היתרונות בכך – במקרים המתאימים.

לטעמי, רשות אסדרה שתעשה את מלאכתה נאמנה תשכיל להיות גורם העומד לצד הרגולטורים ונוקט צעדים שמאפשרים את שיפור הרגולציה בישראל. זהו האתגר האמיתי העומד בפני רשות האסדרה.

מילים לסיום

החל מפרברואר 2023 כיהנתי כסמנכ"לית רשות האסדרה. המאמר נכתב עוד טרם תחילת כהונתי בתפקיד זה, ובהתבסס על תובנות ממחקר שהסתיים קודם לכן. באוקטובר 2023 בחרתי לסיים את כהונתי בתפקיד זה. האמור במאמר זה משקף את דעתי בלבד.